Bavar.
1101
l

Bavar. 1107 t

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Die

Gewerbspolizei in Bayern

in

ihrem Verhältniß

zum

Civilrecht und Civilprozeß.

München, 1845.
In Commission bei E. A. Fleischmann.

R
BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS
422. B.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorwort.

Diese kleine Schrift soll weder eine Darlegung dessen, was seyn sollte, enthalten, noch Neues über das wirklich Bestehende, sondern blos mehrere dunkle und bestrittene Hauptfragen der bayerischen Gewerbspolizei und des Verfahrens hierin habe ich anschaulicher und klarer zu machen gesucht.

Die Beispiele, welche ich hie und da einschaltete, sollen zum bessern Verständniß der jeweilig besprochenen Frage dienen. Einzelne Stellen aus dem Gewerbsgesetz vom 11. September 1825 und aus den hierüber erschienenen instructiven und erläuternden Verordnungen habe ich nur da allegirt, wo ihr Sinn und ihre Anwendung controvers zu seyn schienen; im Allgemeinen setze ich von meinen Lesern natürlich die volle Kenntniß der Bestimmungen des bayerischen Gewerbswesens und der Gerichtsordnung sammt ihren Novellen voraus, und aus diesem Grund vermied ich anderweitige Citationen.

Nur das sei noch zu bemerken gestattet, daß ich diese Blätter (das Resultat eines vieljährigen Beobachtens und praktischen Lebens im Gebiet der Gewerbspolizei) nicht zu dem Zwecke dem Druck übergab, um dem Leser eine Brochüre darzubieten, welche mit oder ohne Beifall gelesen und dann bei Seite gelegt wird, sondern vielmehr um deswillen, damit sie bei einzelnen Zweifelsfällen in der Amts- oder Anwaltspraxis als eine vielleicht nicht unbequeme Zusammenstellung dessen zur Hand genommen werden können, was dem Praktiker aufzufinden und zusammenzustellen zwar auch nicht schwer fällt, wozu ihm aber oft Zeit oder Gelegenheit mangelt. Ich spreche daher nicht das Verdienst der Neuheit oder Originalität an, sondern wünsche nur, daß diese Blätter dem Praktiker manchmal eine erwünschte Erleichterung der Forschung und des Ueberblickes gewähren möchten.

München, 30. März 1845.

Der Verfasser.

Inhaltsanzeige.

Erster Abschnitt.

Ueber Beachtung civilrechtlicher Bestimmungen im Gewerbsgebiete.

1) Aufgabe und Thätigkeit der Gewerbspolizei . §§. 1—2
2) Natur der Concessionsgewerbe . . . „ 3
3) Natur der realen und radizirten Gewerbe . „ 4, 5. u. 7.
4) Sogenannte persönlich radizirte Gewerbe . „ 6
5) Jus excludendi des Gewerbsmannes . . „ 8
6) Polizeischutz in größeren Gewerbsbefugnissen . „ 9
7) Rechte und Verbindlichkeiten:
A. des Staates gegen Gewerbsinhaber und Dritte;
B. des Gewerbsmannes und Dritter gegen den Staat;
C. des Gewerbsmannes gegen andere Gewerbsleute und Dritte;
D. Rechte und Pflichten Dritter gegen den Staat . . . . „ 10
8) die Gewerbspolizei (a) nimmt von civilrechtlichen Verhältnissen, Formen und Entscheidungen zuweilen keine Notiz . . . . . . „ 11
— (Vier Beispiele hierüber) . . . . „ 15
9) Die Gewerbspolizei (b) bedarf oft civilrechtlicher Attestationen, Vorentscheidungen ꝛc. . . . „ 11
— (Vier Beispiele hierüber) . . . . . „ 16

†

10) Die Gewerbspolizei (c) entscheidet (ausnahmsweise) auf den Grund civilrechtlicher Bestimmungen und analog nach civilprocessualen Normen §. 12
— (Vier Beispiele hierüber) . . . „ 17
11) Oder (d) sie verweiset die Sache auf den Civilgerichtsweg . . . . „ 13
(Vorläufige Erläuterung des Artikels X, Ziffer 3 des Gewerbsgesetzes vom 11. Sept. 1825) „ 14
12) Bezeichnung sechs vorzüglicher Streitfragen über den Artikel X, Ziffer 3 . . . . . „ 18
13) Erste Streitfrage: „was ist unter Streitigkeiten zu verstehen?"
Stellung des k. Fiskus in Gewerbspolizeisachen (Drei negative Beispiele) . . . . . „ 19
14) Zweite Streitfrage: „was ist unter Betheiligten zu verstehen?" . . . . . „ 20
15) Dritte Streitfrage: „Sind die Fälle Artikel X, Ziffer 3 enumerativ oder exemplifikativ bezeichnet?" . . . . . „ 21
16) Vierte Streitfrage: „Wie sind die Worte: und Streitigkeiten überhaupt — zu nehmen?" (Mit Beispielen) . . . . . „ 22
17) Gehören auch Streitigkeiten über den Umfang der Befugniß eines Gewerbes zur civilrichterlichen Competenz? (Bejahende Ansicht) . . „ 23
18) Verneinende Ansicht (Hauptgegensatz zwischen Concession und Privilegium) . . . „ 24
19) Rechtfertigung dieser verneinenden Ansicht (mit mehreren Beispielen) . . . . . . „ 25
20) Fünfte Streitfrage: „Was ist unter privatrechtlichem Titel zu verstehen?"
Das Herkommen (Gewohnheitsrecht) ist kein Privatrechtstitel . . . . . . „ 26
21) Kann die Gewerbspolizei über Streitigkeiten, wobei sich auf unvordenkliche Verjährung berufen wird, entscheiden? (Bejahend beantwortet, nebst Beispielen) . . . . „ 27 u. 28.
22) Ist (A) Verjährung überhaupt in Gewerbssachen zuläßig? (Gründe für die verneinende Ansicht) . . . . „ 29

23) Divergirende oberstrichterliche Entscheidungen über diese Frage . . . . . . §. 30
24) Wenn (B) Verjährung hier überhaupt zuläßig ist, unter welchen Modifikationen und Voraussetzungen ist sie es? Hat sie Statt, wenn das leidende Subjekt fehlt? (Verneinende Ansicht) . „ 31
Endet der terminus ad quem mit dem 2. Jänner 1805 (resp. 1. Dezember 1804) oder mit dem 11. September 1825 (Divergirende ober- und oberstrichterliche Ansicht) . . . . „ 31 u. 32.
25) Sechste Streitfrage: „Wie ist das Wort Klagegrund zu nehmen?“ . . . . . „ 33
26) Rekapitulirung des in den §§. 19 bis 33 Erörterten, mit weiteren Beispielen . . . „ 34

Zweiter Abschnitt.

Ueber Beachtung prozessualer Normen im Gewerbsgebiete.

27) Eintheilung . . . . §. 35
28) a. Proceßgrundsätze, deren Beachtung im Gewerbspolizeigebiete unerläßlich ist . . . „ 36
aa) Verbot der Selbsthilfe . . . . „ „
bb) Instanzenzug . . . . „ „
cc) Audiatur et altera pars . . . . „ „
dd) Possessorium summarissimum (Schutz im Besitze) . . . . . „ „
ee) Petitum . . . . . . „ „
ff) Offizialprüfung jedes Anbringens . „ „
gg) Richtige Ladung . . . . . . „ „
hh) Folgen des Zugeständnisses . . . „ „
ii) Proceßlegitimation . . . . . „ „
kk) Beweiserhebung über widersprochene oder sonst noch nicht liquide relevante Punkte . . „ „
ll) Prüfung der Qualität der Zeugen . . „ 37
mm) Gehörige Entscheidung der Sache . . „ „
nn) Publikation der Entscheidung . . . „ „
oo) Verbot der Aufhebung cum cognitione causae erlassener eigener Beschlüsse . . „ „

pp) Vollzug rechtskräftiger Entscheidungen. Ungiltigkeit der Beschlüsse contra rem judicatam . . . . §. 37
qq) Vermeidung von Attentaten . . . „ „
rr) Exekution gegen betheiligte Dritte . . „ „

29) b) Proceßnormen, welche *regulariter* volle Anwendung finden . . . . „ 38
aa) Perhorreszirung und Rekusirung . . „ „
bb) Zulassung von Advokaten in den höheren Instanzen . . . . „ „
cc) Entscheidung in possessorio summarissimo et momentaneo . . . . . „ „
dd) Zulassung zum Armenrechte . . . „ „
ee) Ediktalcitation abwesender oder unbekannter Betheiligter . . . . „ „
ff) Ergänzung von Einreden ex officio . „ „
gg) Sequestrirung streitiger Objekte . . . „ „
hh) Zeugenbeweis . . . . „ 39
ii) Nachträgliche Vernehmung bereits vernommener Zeugen . . . . „ „
kk) Ueber den Widerspruch der Zeugen unter sich selbst oder mit Urkunden . . . . „ „
ll) Urkundenbeweis . . . . . . „ „
mm) Beweis durch Geständniß, Augenschein und Notorietät . . . . „ „
nn) Schriftliche Abfassung der Entscheidungen . „ „
oo) Zulassung von Rechtsmitteln (Berufung, Rekurs, Nichtigkeitsbeschwerde) . . . . „ 40
pp) Aktenergänzung durch Zeugenvernehmung (oder Manualaktenvorlage) . . . . . „ „
qq) Berufungsrecht betheiligter Dritter . . „ „
rr) Attentate der Partheien . . . . . „ „
ss) Prüfung der Formalien der Rechtsmittel . „ „
tt) Nichtigkeitsbeschwerde . . . . . „ „
uu) Kostenpunkt . . . . „ „

30) c. Civilproceßnormen, welche nur ausnahmsweise oder unter wesentlichen Modifikationen Anwendung finden . . . . . „ 41
aa) Klagsmutation und Klagsemendation . „ „

bb) Ungehorsam der Partheien und Verfügung hierauf . . . . §. 41
cc) Intervention . . . . „ „
dd) Verfahren gegen nicht erscheinende Zeugen „ „
ee) Abstehen von bereits vorgeschlagenen Zeugen „ „
ff) Zahl der zu vernehmenden Zeugen . . „ „
gg) Vom Suspensiveffekt . . . . „ 42
I. Negative Grenzbestimmung . . „ „
II. Positive Grenzbestimmung . . „ „
1) Regel der Appellabilität . „ „
2) Devolutiveffekt . . . „ „
3) Wirkung desselben (Regel des Suspensiveffektes) . . . „ „
4) Fälle (a—e) in welchen Suspensiveffekt nicht zuläßig ist, und in welchen er unbedenklich zugelassen werden kann . . „ „
III. Positive Bestimmungen des Gewerbsgesetzes und der später hiezu erschienenen Verordnungen über Statthaftigkeit des Suspensiveffektes . . . . „ 43
1) Bestimmungen des Gewerbsgesetzes . . . . . „ „
2) Bestimmungen der Vollzugsinstruktion vom 28. Dez. 1825 „ „
3) Fortsetzung . . . . . „ 44
4) Bestimmungen der Verordnung vom 24. Juni 1835 (zu Artikel X, Ziffer 2) . . . . „ „
hh) Restitutio in integrum contra lapsum fatalium et termini praejudicialis . „ 45
ii) Restitutio in integrum contra sententiam . . . . „ „
kk) Syndikatsklage . . . . . . „ „
ll) Vergleich . . . . „ 46
mm) Kompromiß . . . . „ „
nn) Zeit und Art der Exekution . . . „ „

31) d. Prozeßnormen, welche gegen den Begriff des polizeilichen Verfahrens laufen, oder deren Anwendung direkt untersagt ist . . . . . . §. 47
aa) Forum privilegiatum . . . . . „ „
bb) Praeventio und prorogatio fori . . „ „
cc) Processus ordinarius . . . . . „ „
dd) Entscheidungen in petitorio . . . . „ „
ee) Uebergang der Klagen auf die Erben . „ „
ff) Provokationsklagen . . . . . . „ „
gg) Besondere Wirkungen der Citation . . . „ „
hh) Unterschied zwischen Litiskontestation u. Einreden „ „
ii) Letztes Wort des Beklagten . . . . „ „
kk) Rekonvention . . . . . . „ „
ll) Streitverkündung . . . . . . „ „
mm) Ordentliche Beweisführung . . . . „ „
nn) Beeidigung der Zeugen . . . . . „ „
oo) Fragestücke . . . . . . „ „
pp) Förmliche Erlassung von Beweisinterlokuten „ „
qq) Direkter Gegenbeweis . . . . . „ „
rr) Zeugenvernehmung zum ewigen Gedächtnisse „ „
ss) Urkundenedition . . . . „ „
tt) Diffessionseid . . . . „ „
uu) Haupt-, Erfüllungs- und Reinigungseid; juramentum in litem und manifestationis „ „
vv) Einreichung der Berufungen ꝛc. bei der höheren Instanz . . . . „ „
ww) Berufungsnebenverantwortung . . . „ „
xx) Adhäsion . . . . „ „
yy) Revision . . . . „ „
zz) Immobiliarexekution . . . . . „ „
32) Summarische Recapitulirung des Inhaltes der §§. 36 bis 47 . . . . „ 48

Erster Abschnitt.

Ueber Beachtung civilrechtlicher Bestimmungen im Gewerbsgebiete.

§. 1. Aufgabe der Gewerbspolizei im Staate ist es, Gewerbe nach Bedürfniß oder sonstiger zweckdienlicher Erwägung zu verleihen, die Ausübung der verliehenen und bestehenden zu überwachen, Gewerbsinhaber gegen Anmassung überhaupt nicht zu einem Gewerbe oder gegen Beeinträchtigung zu diesem Gewerbe nicht Berechtigter zu schützen. Diese drei Kategorien polizeilicher Wirksamkeit dürften so ziemlich alle einzelnen im Gewerbspolizeigebiete vorkommenden Seiten und Rücksichten des gewerblichen Lebens und des Gewerbsrechtes umfassen.

§. 2. Die Verleihung geschieht in Folge eines Gesuches von Bewerbern (bei Concessionen) oder von Erwerbern (bei radizirten und realen Rechten). — Die Ueberwachung hat ihr Fundament in reiner Offizialthätigkeit. — Der Gewerbsschutz endlich wird ertheilt theils von Amtswegen, theils auf Beschwerde oder Anzeige betheiligter Gewerbsinhaber.

§. 3. Die Concession ist persönlich und unveräußerlich (Gewerbsgesetz von 1825, Artikel 3); eine Aus-

nahme von der Regel der Persönlichkeit tritt ein (ibidem) bei der Wittwe und bei der böslich verlassenen Ehefrau des Gewerbsmannes; eine Ausnahme von der Unveräußerlichkeit (im weiteren Sinne der alienatio) tritt ein durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht (ibidem, Artikel 6, Nr. 2 und 3); eine Ausnahme von der Unantastbarkeit der einmal verliehenen Concession tritt ein (ibidem, Artikel 6, Nr. 4) im Falle Mißbrauches der Concession, beharrlichen Ungehorsams oder der Widersetzlichkeit gegen obrigkeitliche Anordnungen in Gewerbssachen.

§. 4. Die realen und radizirten Gewerbsrechte sind dinglicher Natur und veräußerlich (ibidem, Artikel 4, Nr. 2, 3 und 4); über reale Gewerbe (ibidem, Artikel 4, Nr. 2) kann wie über jedes andere Eigenthum nach Maßgabe der bürgerlichen Gesetze verfügt, und deren rechtmässigen Erwerbern darf, wenn die Vorbedingungen des Artikel 2 erfüllt sind, die zur Ausübung eines solchen Gewerbes erforderliche Concession (im weiteren Sinne des Wortes und im Gegensatze zu der Concession im engeren Sinne, ibidem, Artikel 1 und 3) niemals verweigert werden (ibidem, Artikel 4, Nr. 3). — Doch kann ein solches Gewerbsrealrecht nicht beliebig von einer Gemeinde in die andere transferirt werden, sondern es ist hiezu die ausdrückliche Bewilligung der Gewerbspolizei erforderlich. — Auch fügt die Praxis noch die Beschränkung bei, daß reale Gewerbsrechte nicht durch einen Geschäftsführer, sondern nur durch einen Pächter ausgeübt werden dürfen.

§. 5. Radizirte Gewerbsrechte sind ebenfalls veräußerlich, jedoch in der Regel nur mit ihrem Substrat, d. h. mit jenen Vor- und Einrichtungen, Gebäulichkeiten ꝛc.,

mit deren Besitz ihre Ausübung in Verbindung steht, und ohne welche sie in der Regel nicht ausgeübt werden dürfen. (Doch bilden sich auch hier Ausnahmen, indem solche Rechte theils mit gewerbspolizeilicher Bewilligung von ihrem Substrat losgetrennt und transferirt werden dürfen, theils, mit derselben Bewilligung, nach erfolgtem Untergange des Substrats, für eine gewisse Zeit ohne irgend ein solches Substrat, also gleich frei transferirbaren realen Gewerbsrechten, und zwar auch blos in einem Theile ihres Befugnißumfanges, ausgeübt werden können. So z. B. kann auf diese Art ein Bräu- und Tafernrecht von seinem ursprünglichen Anwesen weg- und auf ein anderes taugliches gezogen, oder es kann dasselbe, nachdem etwa das Gebäude demolirt, oder abgebrannt, oder von allen nöthigen Gewerbs-Vor- und Einrichtungen entblößt ist, einstweilen blos als beschränktes Tafernrecht oder gar als einfache Bierwirthschaft ausgeübt werden). —

Radizirte Gewerbsrechte (ibidem, Artikel 4, Nr. 4) sollen eigentlich blos durch deren Inhaber selbst oder durch geprüfte Werkführer ausgeübt werden, doch wird nicht selten auch deren Verpachtung zugelassen, namentlich z. B. bei Bräu- und Tafernwirthschaften 2c.

§. 6. Man spricht auch zuweilen von persönlich radizirten Gewerben und heißt dann die anderen (§. 5) „real radizirte," allein nur uneigentlich und mit Unrecht, denn was man so benennt, sind im Grunde nichts als persönliche Gewerbsconcessionen, welche in Berücksichtigung des Vorhandenseyns gewisser Vorrichtungen, Einrichtungen und Gebäulichkeiten verliehen werden, und wobei, wenn deren bisheriger Besitzer sich dieser Gegenstände und Gebäulichkeiten entäußert, oder wenn sie auf andere Weise auf ei-

nen Dritten eigenthümlich übergehen, auf den neuen Erwerber (die Vorbedingungen des Artikels 2 vorausgesetzt) vor anderen Bewerbern gebührende Rücksicht genommen zu werden pflegt; z. B. es hat Jemand eine Gartenwirthschaft, einen Tanz- und Unterhaltungsplatz vor dem Thore hergerichtet und erhält hierauf eine Wirthschaftsconcession in (quasi) radizirter Eigenschaft, d. h. mit der Beschränkung, daß er diese Wirthschaft nur an diesem Platze und sonst nirgends ausüben darf. Geht nun dieses Wirthschafts-Anwesen durch Kauf, Tausch, Schankung, Erbschaft ꝛc. auf einen Dritten über, so wird dieser (die übrigen Vorbedingungen vorausgesetzt) gegründete Aussicht haben, diese Concession (falls sie überhaupt wieder verliehen werden will) zu erlangen, und zwar nicht aus der Natur und dem Wesen radizirter Gewerbe, sondern vielmehr in Anwendung des Gewerbsgesetzes, Artikel 4, Nr. 3.

§. 7. Reale und radizirte Gewerbsrechte können in Concurs- und Debitmassen gezogen, abgeschätzt, mit Hypotheken und (bei radizirten Rechten als untrennbare Pertinenzien des Hauptanwesens) sogar mit Ewiggeldern belastet, und es kann über sie unter Lebenden und von Todes wegen in jeder gesetzlich erlaubten Art frei disponirt werden. Wer sie erwirbt, der erwirbt ipso facto damit auch bei radizirten Gewerben das Recht ihrer Ausübung durch befähigte Werkführer, bei realen Gewerben das Recht, sie (nach Erfüllung der Vorbedingungen des Artikels 2) selbst oder durch einen befähigten Pächter auszuüben.

§. 8. Inhaber eines bestimmten Gewerbes haben das Recht der Ausschließung gegen jeden Dritten, der hiezu nicht befugt ist, er mag nun überhaupt kein Gewerbsmann, oder er mag der Inhaber eines anderen Gewerbes seyn; in Aus-

übung dieses juris excludendi hat jeden Gewerbsmann die Gewerbspolizei sowohl von Amtswegen als auf Anrufen zu schützen (ibidem, Artikel 10, Nr. 2).

§. 9. Ein Gewerbsmann, welcher nachweisen kann, daß er bei dem Erscheinen des Gewerbsgesetzes vom 11. September 1825 im bisherigen Besitzstande oder in der Ausübung größerer Befugnisse sich befand, als welche ihm nach seiner Concessionsurkunde oder nach den überhauptigen Befugnissen seines Gewerbes zukämen, kann (für seine Person, weil Gesetze nicht rückwärts wirken sollen) verlangen, daß ihm in Ausübung dieser größeren Befugnisse der gewerbspolizeiliche Schutz gewährt werde.

§. 10. Aus allen den hier (§§. 1 — 9), nicht um ein erschöpfendes Bild geltender Gewerbsbestimmungen zu geben, sondern blos, um Anhaltspunkte zu einzelnen näheren Betrachtungen zu scizziren, angedeuteten Lagen, Verhältnissen und Rücksichten entwickeln sich nun eine Menge von einseitigen und gegenseitigen Rechten und Verbindlichkeiten, und zwar:

A. Rechte des Staates gegen Gewerbsinhaber und Dritte, sowie Pflichten desselben gegen eben dieselben;
B. Rechte des Gewerbsmannes und Dritter gegen den Staat, und Pflichten derselben gegen eben denselben;
C. Rechte und Pflichten des Gewerbsmannes gegen andere Gewerbsleute und gegen Dritte;
D. Rechte und Pflichten Dritter gegen den Staat in gewerbspolizeilicher Beziehung.

Wenige und kurze Beispiele werden dieß anschaulicher machen.

ad A. Zu den Rechten gehört jenes der Verleihung, Grenzbestimmung der Befugnisse, Ueberwachung der Aus-

übung, Ausschluß Unbefugter, Zurückweisung ihre Grenze Ueberschreitender; ferner das Zwangsrecht, daß der Gewerbsmann entweder sein Gewerbe den bestehenden Anordnungen gemäß ausübe, oder daß er gänzlich auf dasselbe verzichte, oder daß er die Einziehung nach Artikel 6, Nr. 4 zu gewärtigen habe ꝛc.; zu den Pflichten Schutz in früheren (Artikel 5) Befugnissen, Schutz gegen Anmassung und Uebergriff von Amts wegen und auf Anrufen, Berücksichtigung und Befriedigung der Bedürfnisse des Publikums durch wohlgeordnete Einrichtung und Handhabung der Gewerbspolizei, Beachtung der durch das Gewerbsgesetz eventuell gesicherten Rechte Dritter (z. B. nach Artikel 3) ꝛc.

ad B. Zu den Rechten gehören z. B. der Anspruch auf Schutz (nach Artikel 5 und nach Artikel 10, Nr. 2), auf Ertheilung einer Concession, (nach Artikel 4, Nr. 3), auf Bewilligung zur Gewerbsausübung durch Geschäftsführer (nach Artikel 4, Nr. 4), auf solche Ausübung nach Artikel 3, auf vorzügliche Berücksichtigung nach Artikel 3 in fine etc. Pflichten bestehen z. B. in Einhaltung der Gewerbspolizeiordnung, Beobachtung der Gewerbsgrenzen, Gehorsam gegen obrigkeitliche Anordnungen, Vermeidung von Schein- und Winkelverträgen ꝛc.

ad C. Zu den Rechten gehören hier das jus excludendi, die Anrufung amtlichen Schutzes gegen Anmassung oder Uebergriff, Selbstschutz im Besitze, soweit es die Gesetze erlauben; zu den Pflichten gehören Achtung fremder Gewerbsbefugnisse und ihrer Grenzen, gewissenhafte Gewerbs-Ausübung, Beachtung des Bedürfnisses und der Verhältnisse des Publikums ꝛc.

ad D. Zu den Rechten Dritter gegen den Staat gehört z. B. der Anspruch der Wittwe und böslich verlassenen Ehefrau (nach Artikel 3), und jener der gewerbsfähigen Kinder (ebenfalls nach Artikel 3); zu den Pflichten hingegen

Achtung der gegebenen Gewerbsgesetze und Anordnungen, Beachtung des dem Gewerbsmanne obrigkeitlich verliehenen Schutzes, Enthaltung von aller unbefugten Einmischung in Gewerbssachen und Gewerbsbefugnisse ꝛc.

§. 11. a) Auch diese Rechte und Pflichten, theils ein-, theils gegenseitige, sollen keineswegs erschöpfend, sondern blos exemplikativ aufgezählt seyn, um mehr zu veranschaulichen. Hinsichtlich dieser Rechte und Pflichten bestehen außer dem Gewerbsgrundgesetze eine Reihe anderer Anordnungen, Normalentschließungen und durch die Praxis festgesetzter Bestimmungen. Daß manche dieser Rechte und Verbindlichkeiten eine civilrechtliche Seite berühren, und daß man auf dem Wege ihrer Geltendmachung oder Uebung analogen civilprozessualen Formen begegnet, ist zwar eben so richtig, als daß aus ihnen auch wahre civilrechtliche, im Zweifelsfalle blos durch den Civilrichter zu entscheidende Fragen und Verhältnisse entstehen können; allein ob und in wie weit auf dem Gewerbspolizeigebiete von solchen civilrechtlichen Seiten Notiz genommen oder solchen civilrechtlichen Entscheidungen eine gewerbsrechtliche oder gewerbspolizeiliche Folge gegeben werden kann oder darf, das ist eine andere Frage. Beispiele werden dieß weiter unten klarer machen.

b) Es kömmt auch vor, daß die Gewerbspolizei nicht eher verfügen oder wirken kann, als bis auf dem Civilrechtswege gewisse Vorentscheidungen erlassen, oder bis bei den Gerichten freiwilliger oder streitiger Gerichtsbarkeit gewisse Handlungen vorgenommen, Zeugnisse ausgestellt worden sind ꝛc. Auch hierüber werden Beispiele folgen.

§. 12. Allein in allem dem liegt noch nicht jenes sich Geltendmachen civilrechtlicher Titel und civilprozessualer

Normen im Gewerbspolizeigebiete, deren Betrachtung und Untersuchung Aufgabe dieser Zeilen ist. Denn während bei den im vorstehenden Paragraphe angedeuteten Verhältnissen die Gewerbspolizei gleichwohl nur nach rein polizeilichen Anhaltspunkten und Gesetzen verfügt und wirkt, entscheidet sie hier auf die Grundlage civilprocessualer Institute hin oder auf den Grund von Verhältnissen, die in der Regel nur im Gebiete des Civilrechtes vorzukommen und geordnet zu werden pflegen.

§. 13. In dieser Beziehung jedoch handelt die Gewerbspolizei rein ausnahmsweise, und sie sucht in der Regel alles mit dem Civilrechte in Verbindung Stehende oder dem Civilproceßgebiete Angehörende der Cognition und Entscheidung der Civilgerichte zu überlassen, um ihre eigene Sphäre und Abgrenzung möglichst rein und ausgeschieden zu halten. Diesem Streben verdankt wohl auch der so vielfach besprochene, bestrittene, commentirte und erläuterte Artikel 10, Absatz 3 des Gewerbsgesetzes vom 11. September 1825 seine Entstehung. Er lautet:

„3. Streitigkeiten zwischen zweien oder mehreren „Betheiligten über Erwerbung, Veräußerung, „Verpachtung, Erlöschung oder Verödung von realen und radizirten Gewerben (Artikel 4), so „wie über den aus einem Privatrechtstitel hergeleiteten Besitz eines Gewerbsprivilegiums, „und Streitigkeiten **überhaupt**, bei welchen „der Klagegrund auf einem privatrechtlichen „Titel beruht, eignen sich von nun an zur Entscheidung des ordentlichen Civilrichters."

§. 14. Ausgeschieden aus dem Competenzgebiete der Gewerbspolizei sind hiernach

a) blos Streitigkeiten, welche einer Entscheidung bedürfen, und zwar

b) Streitigkeiten über ein reales oder radizirtes Gewerbe oder über einen Privilegienbesitz, oder überhaupt hinsichtlich eines Gewerbes, wenn der Grund der Klage, die der Gewerbsmann oder der Betheiligte erhebt, auf einem privatrechtlichen Titel beruht.

Hiernach ergibt sich

ad a. daß hier blos von Streitigkeiten, d. h. von solchen Verhältnissen die Rede ist, wo sich Partheien gegenüber stehen, deren Differenz oder Anspruch nur durch Urtheil entschieden werden kann; wo also der Gewerbsinhaber eines realen oder radizirten Rechtes, oder wo der dritte Besitzer eines Gewerbsprivilegiums nicht einer Parthei, sondern der von Amtswegen handelnden Gewerbspolizei gegenüber steht, hat die Entscheidung, wenn auch der Gewerbs- oder Privilegieninhaber sich auf civilrechtliche Titel oder Grundlagen beruft, im Administrativressort zu erfolgen;

ad b. beruht der Grund der Klage (oder Beschwerde, oder des Gesuches) nicht auf einem privatrechtlichen Titel, sondern blos auf einem civilrechtlichen Verhältnisse oder Institute (wie z. B. beim Herkommen und der unfürdenklichen Verjährung), so ressortirt die Entscheidung ebenfalls (wenn sich die Sache nicht aus anderen Rücksichten zum Rechtswege eignet) zum Administrativwege.

§. 15. Beispiele zu §. 11, a.

1) A besitzt eine Gewerbsconzession und würde auf dieselbe verzichten, wenn B (der ihn hiefür zu entschädigen hätte) dieselbe dann erhielte. Beide schließen nun einen eventuellen Vertrag, worin sich B zur Concessionsbewerbung, A zum Concessionsverzicht, und B für den Fall, daß ihm,

nach dem Verzichte des A die Concession verliehen wird, zu einer gewissen Entschädigungsleistung an A verpflichtet. Gewerbspolizeilich ist die Concession persönlich und unveräusserlich, ein bedingter Verzicht unzuläßig, onerose Erwerbung einer Concession verboten, der Vertrag, welchen A und B schlossen, erscheint als ein unerlaubter; die Gewerbspolizei wird von diesem ganzen Verhältnisse nicht die mindeste Notiz nehmen, sondern die Concession des A, nachdem dieser darauf verzichtet hat, entweder dem B oder einem Anderen, oder vielleicht gar nicht mehr verleihen. Gleichwohl wäre jener Vertrag (nach mehreren ober- und oberstrichterlichen Erkenntnissen) civilrechtlich giltig und klagbar von beiden Seiten. — Gesetzt nun, nach geschlossenem Vertrage weigerte sich A zu verzichten, oder B nach erfolgtem Verzichte sich um die Concession zu bewerben, es würde in dem einen oder anderen Falle Klage erhoben, und entweder A condemnirt, auf Verlangen des B zu verzichten, oder B verurtheilt, sich um die Concession zu bewerben und nach deren Erlangung die Entschädigung zu bezahlen; — würde sich durch diese rechtskräftige richterliche Entscheidung die Gewerbspolizeibehörde veranlaßt finden, den A zum Verzichte oder den B zur Concessionsbewerbung anzuhalten? Gewiß nicht.

2) A besitzt eine Gewerbsconcession, haust übel, mißhandelt seine Frau, und besitzt zu ihrer und zu seiner vielen Kinder Erhaltung nichts, als diese ihren Mann nährende Gewerbsconcession; in einem Anfalle von Unmuth und Desperation geht er zur Gewerbsbehörde und erklärt seinen freiwilligen Verzicht auf die Concession. Gleichzeitig erscheint seine Frau und stellt die verzweifelte Lage vor, in welche A mit seiner Familie sich durch einen so leichtsinnigen Schritt stürze; sie führt an, daß ihr Mann schon mehrmals ihr mit Davonlaufen gedroht habe, daß sie, wenn er dieß thue, als

böslich verlassene Ehefrau das Recht erlange, die Concession durch einen Geschäftsführer auszuüben; daß ihr dasselbe Recht zustehe, wenn ihr Mann, ohne sie böslich zu verlassen, vor ihr sterbe; daß ihre Kinder noch jung und unversorgt seien, und daß die Verleihung der Concession an eines derselben nach des Vaters Tode vielleicht die einzige väterliche Erbschaft wäre; daß in dieser Concession die einzige Alimentationsquelle des Mannes und der ganzen Familie liege; daß man auf Alimente und deren Quellen nach den Gesetzen nicht verzichten könne; daß sie jedenfalls ein eventuelles Anrecht auf ihres Mannes Concession habe, und er also ohne ihre Zustimmung hierauf nicht verzichten dürfe; daß, wenn das Gewerbe ihres Mannes ein reales, er selbst aber z. B. wegen Verschwendung unter Curatel gestellt, oder sie Miteigenthümerin des Realrechtes wäre, er dasselbe ohne des Kurators oder ohne seiner Frau Zustimmung nicht veräußern dürfte ꝛc. ꝛc.: wird die Behörde sich durch all diese, zum Theil civilrechtliche Seiten und Verhältnisse berührende Gründe bewegen lassen, den erklärten Verzicht als einen ungiltig erklärten zu behandeln? Wohl schwerlich. —

3) A verkauft dem B eine große und kostspielige Fabrikeinrichtung sub conditione suspensiva; darüber, ob die Bedingung schon erfüllt sei, entsteht ein Rechtsstreit zwischen Beiden, und es wird rechtskräftig erkannt, A werde zur Zeit von der Klage des B entbunden, weil die conditio noch nicht erfüllt sei. Dem B liegt sehr viel daran, schon im Voraus zu wissen, ob ihm seiner Zeit auf die Erwerbung dieser Fabrikeinrichtung hin die erforderliche Concession verliehen werde; er offerirt sich, den baaren Kaufpreis für jene Fabrikeinrichtung für A einstweil zu deponiren, bis die Bedingung erfüllt seyn werde, und bittet, ihm eventuell, nämlich für den Fall, daß er sich seiner Zeit über die Erwerbung fraglicher Einrichtung ausgewiesen haben werde, die Concession zuzu-

sichern. Wird die Gewerbsbehörde auf den Grund jenes Kaufvertrages und rechtskräftigen Urtheiles dem Gesuche des B willfahren? Hieran ist sehr zu zweifeln.

4) Der Weinwirth A tritt gegen den Bierwirth B, welcher sich schon Jahr und Tag vor dem 11. Sept. 1825 im fehlerfreien Besitze der Befugniß, seinen Gästen auch Wein vorzusetzen, befand, und hierin polizeilichen Schutz erlangte, mit der actio negatoria utilis auf; B excipirt, diese von seinem Vorfahrer als realer Bestandtheil des realen Bierwirthsrechtes oneros erworbene Befugniß sei durch dreißigjährige Verjährung vor dem 11. Sept. 1825 begründet; vor dem Endurtheile vergleichen sich die Partheien bei Gericht dahin, daß, compensatis expensis, der Bierwirth B auch fernerhin für sich und seine Nachfolger zum Weinschenken befugt, jedoch verbunden seyn solle, dem Weinwirthe A und seinen Nachfolgern jährlich eine gewisse Entschädigung zu bezahlen. Wird die Gewerbspolizei diesen gerichtlichen Vergleich und dieses onerose Geschäft respektiren? Sie wird vielmehr sich dahin aussprechen, es verbleibe zwar B geschützt in jener größeren Befugniß, so lange er das in Frage stehende Bierwirthsrecht besitze; allein es liege nicht in der Befugniß von Gewerbsleuten, unter sich durch Vergleich die Grenzen des Umfanges von Gewerbsbefugnissen zu bestimmen; gerichtlicher Vergleich stehe zwar der res judicata civilrechtlich und vor den Civilgerichten gleich, allein die Gewerbspolizei sei nicht verpflichtet, sich durch einen solchen Vergleich die Hände binden zu lassen.

§. 16. Beispiele zu §. 11, b.

1) A bewirbt sich um die durch den Tod des B erledigte Concession, und bittet, ihn als den einzigen Sohn dieses B vor anderen Bewerbern nach Artikel 3 des Gewerbsgesetzes zu berücksichtigen. Die Mitbewerber machen geltend,

A sei nicht des B Sohn, sondern der Sohn des C, gebe sich aber für einen Adoptivsohn des B aus; zugleich bemerken sie, daß A noch nicht einmal 20 Jahre alt, folglich zur Bewerbung noch nicht qualificirt sei; die Behörde verfügt hierauf, daß die Entscheidung über das Gesuch des A ausgesetzt bleibe, und daß A vor Allem die Großjährigkeitserklärung bewirken und darüber, daß er der Adoptivsohn des B sei, ein gerichtliches Zeugniß beizubringen habe.

2) A bittet, ihm gegen Verzicht der Wittwe B auf die Concession ihres Mannes und gegen Ehlichung dieser Wittwe jene Concession zu urtheilen. Die Gewerbsbehörde weiset die Wittwe an, vor Allem ein gerichtliches Zeugniß beizubringen, daß ihrer Wiederverehlichung ein civilrechtliches Hinderniß nicht im Wege stehe.

3) A bittet um Aufnahme als Gemeindeglied und um Ertheilung der Bewilligung zur Ausübung des realen Metzgerrechtes der mit 3 Kindern aus voriger Ehe versehenen Wittwe B, welche ihm dieses Recht nach beiliegendem Ehevertrage zum Miteigenthume und Mitbesitze anheirathe und zum Gewerbsbetriebe ihm nach beiliegender Beurkundung die Summe von 1000 fl. schenke. Die Gewerbsbehörde verfügt hierauf:

a) daß Anheirathung eines solchen Rechtes keiner förmlichen Erwerbung desselben gleich komme, sondern Ansprüche hierauf nur während der Dauer der Ehe begründe; A habe daher sich über Erwerbung des wirklichen und unwiderruflichen Eigenthumes oder Miteigenthumes an jenem Rechte auszuweisen;

b) da im Ehevertrage von der Schankung per 1000 fl. nichts enthalten, diese aber nach der vorgelegten Beurkundung erst nach wirklich eingegangener Ehe ihre Giltigkeit erlangen solle, hier jedoch auf die gesetzlichen Strafen der zweiten Ehe Rücksicht zu nehmen sei, so habe die Wittwe B vor

Allem zu veranlassen, daß diese vorhabliche Schankung rücksichtlich dieser Strafen der zweiten Ehe zur Cognition der Obervormundschaftsbehörde gelange, und von derselben die Bestätigung erhalte.

4) A bittet um die Concession (im weiteren Sinne) zur Ausübung seines realen Tischlergewerbes. Die Gewerbsbehörde eröffnet ihm, daß dieses Gewerbe im Kataster als ein persönliches eingetragen sei, und daß es ihm also überlassen werden müsse, sich vor Allem an den Civilrichter wegen Realkonstatirung dieses Gewerbes zu wenden.

§. 17. Beispiele zu §. 12.

1) A ist seit 1820 im Besitze der Ausübung einer grösseren Gewerbsbefugniß und bittet um Schutz hierin nach Artikel 5, Absatz 3; die nähere Recherche zeigt, daß er diese Befugniß bis zum Februar 1825 nur heimlich ausgeübt habe, und daß, als er von da an sie öffentlich ausübte, dieß nur mit Bewilligung der eigentlich Beeinträchtigten geschah, welche einwilligten, daß er diese Befugniß in Berücksichtigung seiner mißlichen Verhältnisse noch einige Zeit auf Ruf und Widerruf ausüben dürfe. Die Gewerbsbehörde hat hier die Qualität des Besitzes des A untersucht, und entscheidet dahin, daß A in diesem Besitze, weil er clam und precarie geübt worden, und weil er ihm sohin nicht in fehlerfreier Eigenschaft über Jahr und Tag vor dem 11. September 1825 zur Seite gestanden sei, nicht geschützt werden könne. (Hier wird die gewerbspolizeiliche Entscheidung aus der civilrechtlichen Lehre vom Besitze geschöpft.)

2) Der concessionirte Bäckermeister A und seine Vorfahren haben seit mehr als 25 Jahren vor dem 11. September 1825 Brod in ihrem Hause und zugleich mürbes Brod in einer anderen Strasse in einem kleinen Lädchen verkauft. Dieser Verkauf an zwei Plätzen wird ihm gewerbs-

polizeilich untersagt; er beruft sich auf dreißigjährige Verjährung, benennt hiefür viele Zeugen und macht unter Anderem geltend, daß bei dieser Berufung auf einen civilrechtlichen Titel die Gewerbspolizei zur Entscheidung dieser Sache gar nicht mehr competent sei. Die Entscheidung wird jedoch ordnungsmäßig dahin erlassen, daß, da dem A kein Titel zur Seite stehe, in diesem Falle aber zur Verjährung ein Zeitablauf von wenigstens 30 Jahren (vor dem 11. September 1825) erfordert werde, während die vorgenommenen Zeugen nur bis zum Jahre 1804 zurück aussagen, dem A auf den Grund der Verjährung diese Befugniß nicht zukomme; hiernach und da das Verbot doppelten Verkaufes an zwei verschiedenen Plätzen bestehe, könne dem Bäckermeister A dieser doppelte Verkauf nicht gestattet werden; was endlich die Competenzbeanstandung betreffe, so könne bloßes Berufen auf einen Civilrechtstitel noch keineswegs die Begründung der civilrichterlichen Competenz zur Folge haben, da

a) Artikel 10, Nr. 2 des Gewerbsgesetzes bei Conzessionsgewerben (und ein solches besitze A) die Ueberwachung und Entscheidung über die Befugniß zum Gewerbe und über den Umfang desselben lediglich den Polizeibehörden überweise, Artikel 10, Nr. 3 nur von realen, radicirten Gewerben und Gewerbsprivilegien spreche, und

b) wenn A die Worte „und Streitigkeiten überhaupt" auch auf personelle Gewerbe beziehen zu können glaube, bemerkt werden müsse, daß in jener Stelle von Streitigkeiten gehandelt werde, bei welchen der Klagegrund auf einem privatrechtlichen Titel beruhe; A sei jedoch weder Kläger, noch könne man seine bei der Gewerbspolizei geführte Verantwortung eine Klage nennen.

3) A wird gewerbspolizeilich zur Verantwortung gezogen, warum er sein Handelsgewerbe zwar in demselben Hause, aber in zwei verschiedenen Verkaufsläden ausübe? Er ent-

gegnet, daß es in seiner Gewerbsgemeinde Herkommens sei, daß kraft eines Gewerbes auch in zwei verschiedenen Läden verkauft werden dürfe. Die Recherche ergibt, daß ein solches Herkommen nicht besteht, und es wird beschlossen, diesen Doppelladen nicht zu bewilligen; Herkommen werde zwar hie und da als ein privatrechtlicher Titel betrachtet, allein mit Unrecht; dasselbe sei blos eine civilrechtliche Gesetzesquelle, wie denn auch das Herkommen im bayerischen Landrechte nicht im Theil II, Cap. 3 „von unterschiedlicher Art und Weis, das Eigenthum zu erlangen", sondern im Theil I, Cap. 2 „von dem Unterschied deren Rechten", folglich bei den Gesetzesquellen behandelt werde.

4) A wird durch rechtskräftigen gewerbspolizeilichen Ausspruch aus dem Besitze einer angesprochenen besonderen Gewerbsbefugniß gesetzt. Nach längerer Zeit glaubt A neue Behelfe gefunden zu haben, auf deren Grund er ein Gesuch um restitutio contra sententiam stellen könne, und bittet sonach um diese Restitution; die Gewerbspolizeibehörde prüft das Restitutionsgesuch, gegen dessen analoge Anwendung im Polizeigebiete formell nichts einzuwenden sei; materiell findet sie die vorgelegten Behelfe nicht als neu, und, selbst wenn sie neu wären, nicht als relevant, und verwirft aus diesem Grunde das Restitutionsgesuch quoad materialia.

§. 18. Die hier (§§. 15—17) aufgeführten Beispiele sollen ebenfalls wieder keine erschöpfenden, sondern nur deshalb vorgeführt seyn, um allgemein hingestellte Sätze anschaulicher zu machen, und um den Leser selbst zu weiteren praktischen Vergleichungen und Betrachtungen zu veranlassen. Diese Beispiele sind theils wirklich vorgekommenen Fällen entnommen, theils so gefaßt, daß sie jene Entscheidung oder Verfügung enthalten, welche nach den bestehenden Gesetzen und

nach der Praxis, wie sie sich seither gebildet hat, kaum wohl anders erlassen werden kann.

Es führt nun die Reihe der Betrachtungen zu jenen Controversen und Fällen, wie sie der Inhalt des Artikel 10, Absatz 3 darbietet, und auch hiezu sollen dann einige praktische Beispiele folgen.

Unter den vielen sich hier aufdringenden Fragen dürften besonders folgende hervorzuheben seyn:

1), was ist unter „Streitigkeiten" zu verstehen?

2), was unter „Betheiligten"?

3), sind die Fälle, welche Artikel 10, Nr. 3 berührt, enumerativ oder exemplikativ bezeichnet?

4), welcher Sinn ist den Worten „und Streitigkeiten überhaupt" zu unterlegen?

5), was ist unter „privatrechtlichem Titel" zu verstehen?

6), wie ist das Wort „Klagegrund" zu nehmen?

§. 19.) ad 1), Was ist unter „Streitigkeiten" zu verstehen?

a) Dieses Wort setzt immer das Vorhanden- und Betheiligtseyn mehrerer Personen voraus, und es frägt sich, ob es hier blos den Streitigkeiten zwischen Privaten und Privaten, oder zwischen diesen und Behörden (fiscus regius) gelten soll? In letzterer Beziehung kömmt man bei der Frage an, in welchen Sachen der k. Fiskus verbunden sei, Recht zu nehmen?

„Der Königliche Fiskus wird in allen streitigen Privatrechtsverhältnissen bei den Königlichen Gerichtshöfen Recht nehmen."

— (Verfassungsurkunde, Titel VIII. §. 5.) —

Diesem Grundsatze gemäß hat der k. Fiskus auf Klagen um Entschädigung aus Polizeiverfügungen und Anordnungen stets mit Erfolg die Einlassung verweigert, wenn

die Klage von der ersten Instanz formell zugelassen und dem k. Fiskus mitgetheilt wurde; in den meisten Fällen werden aber solche Klagen von den Gerichtshöfen schon vorhinein (a limine) abgewiesen, und zwar mit Bezugnahme auf obige Bestimmung der Verfassungsurkunde.

Wenn sohin die Gewerbspolizei von Amtswegen oder auf Anzeige, Anrufen oder Beschwerde eines Betheiligten Verfügungen oder Entschließungen erläßt, wodurch dieser Betheiligte (oder auch dessen Gegner) einen Schaden erleidet oder erlitten zu haben glaubt, so kann hieraus gegen den k. Fiskus keine Klage auf Entschädigung begründet werden, weil die Polizeigewalt im Staate für ihre Handlungen den Privaten nicht verantwortlich und einem richterlichen Ausspruche sich zu unterwerfen nicht schuldig ist. (Hieher gehören natürlich nicht die Fälle, wo analog der Syndikatsklage gegen einzelne Polizeibeamte Klage auf Entschädigung begründet wäre, oder wo Mißbrauch amtlicher Gewalt vorläge und hieraus Regreßrechte entstünden.)

b) Unter „Streitigkeiten" können daher nur jene Differenzen verstanden werden, welche unter den Betheiligten selbst bestehen, und welche einen Anspruch oder ein Recht zum Gegenstande haben, wovon im Artikel 10 Nr. 3 Erwähnung geschieht, also einen Anspruch oder ein Recht auf Erwerbung, Veräußerung, Verpachtung, Erlöschung oder Verödung eines realen oder radizirten Gewerbes oder auf den Besitz (aus Privatrechtstiteln) eines Gewerbsprivilegiums. Ferner gehören hieher jene Streitigkeiten unter Betheiligten, bei welchen der Klagegrund auf einem privatrechtlichen Titel beruht.

c) Zu diesen Streitigkeiten gehört also z. B. nicht der Fall

aa) wenn der Realberechtigte A gegen den Realberechtigten B wegen Gewerbs-Beeinträchtigung Beschwerde an-

bringt; wenn hier nicht B förmlichen Anspruch auf die angestrittene Gewerbsbefugniß aus einem privatrechtlichen Titel erhebt, verbescheidet die Polizeibehörde diese Beschwerde, denn der bloße Umstand, daß zwei in Differenz gerathene Gewerbsleute reale Gewerbe besitzen, und daß über diese Differenz Entscheidung angerufen wird, begründet noch nicht die Competenz des Civilrichters. Eben so gehört hieher nicht

bb) der Fall, wenn z. B. der Tafernwirth A gegen den Bierbrauer B beschwerend auftritt und bittet, dem letzteren die Haltung eines Billards zu untersagen, weil solches nur vollkommenen Tafernen, nicht aber Brauersgerechtsamen zukomme, bei welchen das Tafernrecht nur ein beschränktes, und bloß ein Ausfluß der ersteren sei; die Gewerbspolizei wird über diese Beschwerde unbedenklich entscheiden, obwohl eine Streitigkeit zwischen Inhabern radizirter Gewerbe vorliegt; beruft sich aber B für Haltung des Billards auf einen privatrechtlichen Titel, so unterbleibt die polizeiliche Entscheidung, und den Theilen steht der Rechtsweg offen. Zu solchen Streitigkeiten gehört z. B. auch nicht der Fall,

cc) wenn der realberechtigte Gewerbsmann A gegen den ebenfalls realberechtigten Gewerbsmann B beschwerend auftritt, weil Letzterer eine dem A zustehende Gewerbsbefugniß ausübe, während B behauptet, seit Jahr und Tag vor dem 11. Sept. 1825 sich im fehlerfreien Besitze der Ausübung dieser Befugniß zu befinden. Die Gewerbspolizei wird hier ohne Competenzüberschreitung die Besitzfrage verbescheiden können, weil ihr Entscheidungen dieser Art durch das Gewerbsgesetz Artikel 5, Absatz 3 ausdrücklich vindicirt sind.

§. 20. (ad 2.) Was ist unter „**Betheiligten**“ zu verstehen?

Das Gesetz bedient sich nicht des Ausdruckes „Gewerbsleuten“, sondern sagt „Betheiligten“; dieß ist schwerlich ohne

einen hinreichenden Grund geschehen. Es müssen nämlich nicht immer nothwendig gerade zwei oder mehrere Gewerbsleute seyn, unter welchen derlei Streitigkeiten entstehen, sondern es können auch Privatpersonen hiebei betheiliget seyn. Es hat z. B. A ein Anwesen mit einer ruhenden Brau- und Taferngerechtsame gekauft und bittet, sie durch einen geprüften Geschäftsführer ausüben zu dürfen; die Brauer und Tafernwirthe des Ortes protestiren hiegegen, indem sie behaupten, diese Gerechtsame sei längst durch Verödung, durch Zerstörung des Substrats und durch freiwilligen Verzicht zu Grunde gegangen. Die Gewerbspolizei verweigert die erbetene Ausübungsbewilligung, und A (noch nicht als Brauer oder Tafernwirth aufgenommen, sondern noch Privatmann) tritt nun gegen die Brauer und Tafernwirthe auf dem Rechtswege mit der actio confessoria utilis auf, wozu er offenbar befugt, und zu deren Verbescheidung nicht die Gewerbspolizei, sondern die Justiz kompetent ist. Oder z. B.: es besitzt A ein reales Gewerbsrecht und verkauft es an den B; es macht aber C den Einstand ex jure cognationis in diesen Kauf geltend; beide, noch nicht als Gewerbsleute aufgenommen, bitten bei der Gewerbspolizei um Bewilligung zur Ausübung dieses Gewerbes, werden aber mit Recht Beide zurück- und auf den Rechtsweg verwiesen, welchen sie als „Betheiligte", obgleich noch nicht als Gewerbsleute, nach Artikel 10, Absatz 3 betreten können.

§. 21 (ad 3.) Sind die Fälle in Artikel 10, Absatz 3 enumerativ oder nur exemplifikativ bezeichnet?

Faßt man das Gewerbsgesetz auch in seinen übrigen Bestimmungen zusammen, so ergibt sich, daß die Bezeichnung hier nicht exemplifikativ, sondern enumerativ ist. Es kann nämlich

a) über reale und radizirte Gewerbe (Art. 4. Nr. 2.)

gerade so wie über jedes andere Privateigenthum civilrechtlich verfügt werden; nun pflegen in dieser Beziehung bloß die Fragen über den Erwerb, die Benützung, die Veräußerung und den Untergang einer Sache zur Sprache zu kommen, daher führt Art. 10, Nr. 3 die Erwerbung, ferner die Veräußerung, ferner die Verpachtung (als Gegensatz der Selbstausübung und Selbstbenützung), endlich (was den Untergang betrifft) die Erlöschung oder Verödung an. Diese Verhältnisse erschöpfen das Gebiet der Existenz und Verfügbarkeit einer Sache oder eines Rechtes.

b) was ferner Privilegienstreitigkeiten betrifft, so ist die Competenz zur Entscheidung oder Verfügung

aa) über die Befugniß zu einem Gewerbe in Folge eines Privilegiums,

bb) über den Umfang,

cc) über die Erlöschung dieser Befugniß,

dd) über jede andere unter Gewerbs- oder Privilegieninhabern entstehende nach administrativen oder gewerbspolizeilichen Bestimmungen zu entscheidende Irrung,

ee) über den — den Privilegieninhabern zu ertheilenden Schutz gegen Anmaßung, Pfuscherei oder Eingriff nach Art. 10, Nr. 2 ausdrücklich den Polizeibehörden zugewiesen; wenn daher im Art. 10, Nr. 3 Cognition im Privilegiengebiete in einer Richtung dem Civilrichter zugewiesen wird, so ist dieß eine einzeln stehende Ausnahme, und kann nur als enumerativ aufgefaßt werden.

c) Auch die Schlußbestimmung des Art. 10, Nr. 3 („und Streitigkeiten überhaupt, bei welchen ꝛc.") läßt keinen Zweifel übrig, daß sie nicht bloß exemplifikativ hingestellt sei, weil dieser weitere Fall genau determinirt ist, nämlich

aa) es müssen Streitigkeiten zwischen Betheiligten,

bb) Streitigkeiten überhaupt (also nicht bloß rück-

sichtlich realer und radizirter Gewerbe, oder über Privilegienbesitz) gegeben seyn; sie müssen ferner

cc) einen auf privatrechtlichem Titel beruhenden Klagegrund haben. (Die Gränze ist also hier so scharf und bestimmt bezeichnet, daß kein Zweifel zurückbleiben kann, daß das Gesetz keineswegs nur einen beispielsweisen Fall gesetzt und etwa hiebei auch noch der stillschweigenden Hinzufügung anderer oder ähnlicher Fälle Raum gegeben haben wolle.)

§. 22. (ad 4.) Wie sind die Worte „und Streitigkeiten überhaupt" zu nehmen?

a. Nachdem im ersten Theile des Artikel 10, Nr. 3 von Streitigkeiten über Erwerbung, Veräußerung, Verpachtung, Erlöschung oder Verödung realer oder radicirter Gewerbe die Rede ist, nachdem ferner im Mitteltheile von Streitigkeiten über privatrechtlich zu begründenden Privilegienbesitz gesprochen wird, und Artikel 10, Nr. 3 überhaupt von Streitigkeiten im Gewerbsgebiete handelt, so kann den Worten im Schlußtheile, „und Streitigkeiten überhaupt" nicht wohl ein anderer Sinn unterlegt werden, als jener der Bezeichnung solcher Streitigkeiten zwischen Betheiligten auf dem Gewerbsgebiete, welche nicht schon im ersten oder im Mitteltheile des Artikels 10, Nr. 3 angezeigt sind. Daß hiernach auch Streitigkeiten in diese Kategorie des Schlußtheiles gehören, bei welchen die eine der streitenden Parteien oder beide nur Inhaber von Concessionsgewerben sind, scheint keinem vernünftigen Zweifel zu unterliegen, da nur jene Irrungen unter Gewerbsinhabern, welche nach administrativen oder gewerbspolizeilichen Bestimmungen zu entscheiden sind, durch Art. 10, Nr. 2 den Polizeibehörden zugewiesen werden, folglich die zu einer auf privatrechtlichem Titel beruhenden Klage

führenden nicht wohl unter die Bestimmungen des Art. 10, Nro. 2 subsumirt werden können, sondern vielmehr der Schlußbestimmung des Art. 10, Nr. 3 angehören werden, selbst wenn der Klageführende nur eine Concession besitzt. (Es wird z. B. in einer Gemeinde dem einfachen Bierwirthe (Bierzapfler) A auf Beschwerde der Garköche und Metzger polizeilich das Schlachten des Jungviehes und das Verfertigen der Würste untersagt. Er behauptet nun in einer gegen die Garköche und Metzger vor dem Civilrichter erhobenen Klage, daß er diese von denselben ihm streitig gemachte Befugniß schon seit mehr als dreißig Jahren vor dem 11. Sept. 1825 ungestört ausgeübt, folglich ein Recht zu deren Ausübung durch außerordentliche Verjährung sich erworben habe. Wird diese Klage vom Civilrichter wegen Mangels seiner Zuständigkeit zurückgewiesen werden können? Schwerlich; denn es ist hier eine Streitigkeit in Gewerbssachen, und zwar zwischen zwei oder mehreren Betheiligten, und überdieß eine solche Streitigkeit gegeben, bei welcher der Klagegrund auf einem privatrechtlichen Titel, dem der Verjährung, beruht. Aus dem Grunde, weil Kläger nur concessionsberechtigt sei, wird also Klagsabweisung nicht wohl erfolgen können. Ob die Klage aber nicht aus einem anderen Grunde abweislich wäre, deshalb nämlich, weil darüber, welchen Umfang die Befugnisse eines Gewerbes haben können oder sollen, den Civilgerichten keine Cognition und Entscheidung zukommen könne, hierüber wird weiter unten ausführlicher gesprochen werden.) Es sollte freilich scheinen, daß andere Fälle, wo ein Concessionist eine auf civilrechtlichem Titel beruhende Klage zu erheben hätte, nicht denkbar wären, als bloß da, wo es sich um den Umfang von Gewerbsbefugnissen handelt; allein solche andere Fälle sind gleichwohl denkbar und vorgekommen.

Es hatte z. B. A schon seit dem Jahre 1794 in einer

Landgemeinde ein Gewerbe ausgeübt, versteuert und hierin jene ganze Zeit über keinen Einspruch erfahren. Im Jahre 1829 trat ein Gewerbsmann aus jener Gemeinde gegen ihn wegen Gewerbsbeeinträchtigung beschwerend auf; bei Gelegenheit der Recherche über den Grund dieser Beschwerde ward A beauftragt, seine Gewerbsurkunde vorzulegen, um aus ihrem Inhalte den Grund der Beschwerde prüfen zu können; — (Artikel 5, Nr. 1) — es zeigte sich aber, daß nicht nur A keine Gewerbsurkunde besaß, sondern auch, daß sein Name im Kataster der persönlichen Gewerbe nicht enthalten war. Die weitere Vernehmlassung des A lieferte das Resultat, daß er nach dem Tode seines Vaters dessen Gewerbe, welches auf dem väterlichen Hause in dieser Familie schon über 70 Jahre lang ausgeübt worden war, ausübte, ohne hiezu obrigkeitliche Erlaubniß nachzusuchen, daß aber auch weder Obrigkeit, noch Gemeinde, noch Gewerbsgenossen ihm etwas hinsichtlich dieser Ausübung in den Weg legten, und daß, da das betreffende Rentamt die Gewerbsteuer von ihm jedesmal ohne Anstand annahm, A im guten Glauben stund, daß es eines Weiteren zu seiner Gewerbslegitimation nicht bedürfe. Auf Andringen der betheiligten Gewerbsklasse jener Gemeinde ward dem A gewerbspolizeilich nun der Gewerbsbetrieb eingestellt, weil er sich über die Bewilligung hiezu nicht habe ausweisen können, und weil rentämtliche Katastereinträge, wenn sie nicht mit den gewerbspolizeilichen stimmen, nichts beweisen. A betrat nun gegen die Mitglieder jener Gewerbsklasse, als Contradizenten, den Rechtsweg, und gründete seine Klage auf den privatrechtlichen Titel der Verjährung von 30 Jahren vor dem 11. September 1825. Er führte aus, daß nach Artikel 1 des Gewerbsgesetzes *von nun an*, d. h. von Publikation dieses Gesetzes an, keine Gewerbsbefugniß mehr durch Verjährung erworben werden könne, woraus folge, daß dieses *bis dort*-

hin Statt finden konnte. Diese offenbar unter die Bestimmungen des Artikels 10, Nr. 3 subsumirbare Klage kam nicht zur Verhandlung, weil A kinderlos und ohne Hinterlassung einer Wittwe bald nach Einreichung der Klage starb, und seinen Intestaterben natürlich die Legitimation zur Verfolgung dieser Klage mangelte, da durch den bloßen Zeitablauf eine Gewerbsbefugniß nicht real wird, Concessionsgewerbsbefugnisse aber nicht Gegenstand der Vererbung seyn können.

§. 23. b) Die Frage, ob unter „Streitigkeiten überhaupt rc." auch jene über den Umfang einer Gewerbsbefugniß gehören, wobei der Prätendent seinen Anspruch auf einen größeren Umfang der Befugniß aus einem privatrechtlichen Titel herleitet, ist sehr bestritten.

Jedes Gewerbe beruht in einem wohlgeordneten Staate auf dem Titel der Verleihung, welcher *ad personam* restringirt ist, weshalb das persönliche Gewerbe die Regel, und das reale nur die Ausnahme bildet, entstanden aus besonderer Bewilligung oder aus Connivenz der Obrigkeit. Ist schon die Bewilligung zum Gewerbe überhaupt obrigkeitlicher Ausfluß, so ist es eben so und wohl noch im höheren Grade die Feststellung des Umfanges der Befugnisse eines Gewerbes. So wie im Laufe der Zeiten und im Wechselgange der Verhältnisse Gewerbe, die ehemals blühten, spurlos verschwunden, und ehedem noch nicht gekannte entstanden und aufgeblüht sind, und sowie hierin (nämlich hinsichtlich der Frage über Zeitgemäßheit und öffentliches Bedürfniß bei einem Gewerbe) nicht das Princip der Stätigkeit, sondern jenes der Wandelbarkeit das herrschende seyn, und der Staatsgewerbspolizei ein freier Spielraum gewahrt bleiben muß, so unterliegt auch (und zwar noch in höherem Grade) die

Regulirung der Grenzen der Gewerbsbefugnisse diesem freien obersten Aufsichtsrechte und diesem Prinzipe der Wandelbarkeit.

Zu bestimmen, wie weit ein Gewerbe in seinen Befugnissen gehen dürfe, und wo es an die Befugnisse anderer Gewerbe angrenze, ist rein Sache polizeilicher Erwägung, und hier soll dem civilrichterlichen Einschreiten und Entscheiden nur mit großer Vorsicht Raum gegönnt werden. Der Artikel 10, Nr. 3 spricht im ersten Theile nur von realen und radizirten Gewerben und nicht von einzelnen Befugnissen, der Mitteltheil spricht von Streitigkeiten über einen Privilegienbesitz, der Schlußtheil handelt von Streitigkeiten überhaupt, und hier glauben die Einen, einen Anhaltspunkt für ihre Ansicht zu finden, indem sie folgern, daß, was sich vom Ganzen verstehe (nämlich von Gewerben) sich auch von dessen Theilen verstehe, d. i. von den einzelnen Befugnissen dieser Gewerbe, per conclusionem a majore ad minus.

§. 24. Die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht aber (daß nämlich der Civilrichter zur Entscheidung über den Umfang einer Gewerbsbefugniß nicht competent sei) holen ihre Gründe aus einer hermeneutischen Prüfung des Artikels 10, Nr. 2 des Gewerbsgesetzes. Sie behaupten nämlich, diese Stelle könne vernünftiger Weise nicht anders, als so verstanden werden:

„In dem ihnen vorgezeichneten Wirkungskreise beschließen und verfügen die Polizeibehörden

a) über die Befugniß zum Gewerbe in Folge

aa) einer Conzession, oder

bb) eines Privilegiums,

b) über den Umfang,

c) über die Erlöschung **„derselben,“** d. i. der Befugniß zum Gewerbe,

d) endlich über jede andere unter Gewerbs- oder Privilegieninhabern entstehende, nach administrativen oder gewerbspolizeilichen Bestimmungen zu entscheidende Irrung."

Sie bemerken ferner:

ad a. Sollten die Polizeibehörden blos über die Befugniß zum Gewerbe in Folge einer persönlichen Concession oder eines Privilegiums zu verfügen oder entscheiden haben, und nicht auch über die Befugniß zum Gewerbe in Folge eines Realrechtes oder eines radizirten Rechtes? Sollte der Gesetzgeber absichtlich oder ans Versehen unterlassen haben, zu bestimmen, wer über diese letztere Modalität von Befugniß zu verfügen oder zu entscheiden habe?

In Bayern können gewerbliche Befugnisse bekanntlich nur ausgeübt werden

aa) in Folge einer Concession (im engeren Sinne);

bb) in Folge der Erwerbung eines realen Gewerbsrechtes, jedoch nur vermittelst der zur Ausübung erlangten Concession (im weiteren Sinne);

cc) in Folge Erwerbung eines radizirten Gewerbsrechtes, zu dessen selbstiger Ausübung, sowie zu jener durch einen Geschäftsführer wieder die Concession der Obrigkeit (im weiteren Sinne) erforderlich ist;

dd) in Folge eines Privilegiums.

Concession und Privilegium sind also die zwei entgegengesetzten Pole im Gewerbsgebiete; die eine gleicht dem geregelten Laufe eines Planeten, das andere der excentrischen Bahn eines an keine Laufregel gebundenen Kometen. Beide haben nichts miteinander gemein, als ihre gemeinsame Wirkungsfähigkeit auf dem Gewerbsgebiete; sie bilden also im Ganzen genommen Gegensätze, Grundlagen zweier ganz verschiedener Kategorien. Wenn nun das Gesetz zwei solche Gegensätze aufführt, sollte es blos den einen (Pri-

vilegium) generell, den anderen aber (Conzession) speziell genommen haben? Offenbar muß das in Zeile 2 des Artikels 10, Nr. 2 vorkommende Wort „Concession" im weiteren und allgemeinen Sinne verstanden werden, nämlich als Gattungsbegriff im Gegensatze zu dem Gattungsbegriffe „Privilegium." Nimmt man dieß nicht an, so kömmt man zu einer großen Anomalie und Lückenhaftigkeit im Gesetze, daß es nämlich unbestimmt ließ, wer competent ist zur Verfügung oder Entscheidung über die Befugniß zum Gewerbe in Folge eines realen oder radizirten Gewerbsrechtes?

ad b. Man mag das Wort „derselben" entweder blos auf „Befugniß zum Gewerbe" oder ausgedehnter noch auf „Befugniß zum Gewerbe in Folge einer Concession" hinaufbeziehen, so ist immer bei Regulirung des Umfanges einer Gewerbsbefugniß die civilrechtliche Thätigkeit ausgeschlossen; denn im ersten Falle bestimmt dann das Gesetz deutlich, daß die Polizeibehörden zu verfügen und zu entscheiden haben

„über den Umfang derselben,"

d. i. der Befugniß zum Gewerbe; und im zweiten Falle bestimmt das Gesetz, daß sie zu entscheiden haben

„über den Umfang derselben"

d. i. der Befugniß zum Gewerbe in Folge einer Concession (im engeren und weiteren Sinne) oder eines Privilegiums, und auch hier sind also die realen und radizirten Gewerbe schon mitverstanden.

Sind sie dieses aber, so hat die Polizei über die Befugniß zu allen Gewerben und über den Umfang der Befugnisse aller Gewerbe zu verfügen und zu entscheiden; und hiemit ist auf diesem Gebiete dem Civilrichter jedwelche Competenz entzogen.

ad c. Was von eventueller Anomalie und Lückenhaftigkeit hinsichtlich der gesetzlichen Bestimmung, die Entscheidung über den Umfang der Gewerbsbefugniß betreffend,

gesagt wurde, gilt ganz auch hinsichtlich der Entscheidung über die Erlöschung derselben, und Niemanden wird wohl beifallen, zu behaupten, die Gewerbspolizeibehörden seien nicht competent, zu beurtheilen, ob die Befugniß zur Ausübung eines realen oder radizirten Gewerbes als erloschen zu betrachten sei oder nicht?

ad d. Der Zusatz endlich: „jede andere nach administrativen oder gewerbspolizeilichen Bestimmungen zu entscheidende Irrung" kann offenbar, außer man wollte alle grammatikalischen, syntaktischen und hermeneutischen Vorschriften umgehen, nicht zu dem ersten Satze, welcher die Befugniß zum Gewerbe, ihren Umfang und ihr Erlöschen berührt, hinaufbezogen werden, sondern gehört rein als näher bestimmende Erläuterung zu den Worten: „jede andere Irrung."

§. 25. Dieser im §. 24 bezeichneten Ansicht ist auch von Seiten einer kgl. Kreisregierung mit entschiedenen Worten beigepflichtet worden. Als nämlich einem Gewerbsmanne eine nicht in den Zuständigkeiten seines Gewerbes überhaupt liegende Befugniß, welche er in Anspruch nahm, auf dem gewerbspolizeilichen Wege auf Instanz betheiligter Gewerbsleute rechtskräftig gänzlich abgesprochen worden war, betrat er gegen diese den Rechtsweg und bat, es wolle ihm diese Befugniß vom Richter als ein realer Bestandtheil seiner realen Gewerbsgerechtsame aus dem Titel des Herkommens und der Verjährung zuerkannt werden. Die Beklagten verkündeten dem kgl. Fiskus den Streit, und der Litisdenunciat gab hierauf in Folge einer Regierungs-Entschließung die Erklärung ab:

„daß man wegen Mangels der gesetzlichen Vorbedin-
„gungen einer Litisdenunciation den Beklagten weder
„assistiren, noch den Streit für sie principaliter über-

„nehmen könne, daß hingegen von der gedachten „Stelle ein Competenzconflikt eingeleitet werde, da „es offenbar nicht Sache der Justizbehör= „den sei, die Grenzen von Gewerbsbefug= „nissen zu bestimmen."

Ganz dieselbe Erklärung gab jene kgl. Regierung in einem gleichgearteten Falle in einem kurzen Zwischenraume wiederum ab.

Dieser Ansicht (§. 24) scheinen, wenn das pro und contra genau abgewogen wird, überwiegende Gründe zur Seite zu stehen, zumal wenn noch auf die Folgen Rücksicht genommen wird, welche im Gewerbspolizeigebiete entstehen müssen, wenn die Competenz der Civilgerichte in Streitigkeiten über den Umfang der Befugnisse eines Gewerbes zugestanden wird, und wenn in einem solchen Streite die Partheien den Prozeß durch einen gerichtlichen Vergleich beenden.

Erkennt die Polizei im Staate jene Competenz der Gerichte in solchen Fällen überhaupt an, und muß sie folgeweise auch die Rechtskraft hierin ergangener richterlicher Erkenntnisse anerkennen, so darf sie consequent auch solchen gerichtlichen Vergleichen und ihren Folgen die Anerkennung nicht versagen, denn der gerichtliche Vergleich (transactio judicialis) hat bekanntlich die Wirkungen der res judicata, ja in mancher Beziehung noch stärkere, als diese, da er (casum doli und casum laesionis bei Minderjährigen ausgenommen) weder ex capite novorum, noch sonst in irgend einer Weise mehr angefochten werden kann.

Cod. jud. Cap. XVII., §. 1. 12., man vergleiche hiemit auch Cod. jud. Cap. VI. §. 3).

Nun soll aber (Cod. jud. Cap. XVII. §. 1. 6to.)

„die Sache, worüber sich verglichen wird, so beschaf=

„fen seyn, daß denen Transigenten darüber zu han-
„deln und zu disponiren frei steht,“

und es folgt hieraus von selbst, daß über Sachen, worüber man sich nicht vergleichen (weil nicht hierüber disponiren) kann, auch ein Rechtsstreit gesetzlich nicht zulässig ist. Da es nun offenbar im Allgemeinen nicht Sache der Gerichte, sondern vielmehr rein Sache der Gewerbspolizei ist, über die Festsetzung des Umfanges der Befugnisse eines Gewerbes zu verfügen und zu entscheiden, so kann dieser Umfang hiernach auch weder Gegenstand eines Rechtsstreites, noch eines gerichtlichen Vergleiches seyn.

Seuffert, Commentar zur Gerichtsordnung, Band IV. Seite 202. Nr. 8).

Der Gewerbspolizei mag es zwar im Allgemeinen ziemlich gleichgiltig bleiben, ob sich A oder B in Folge eines vor den Gerichten zu entscheidenden Streites als den Eigenthümer oder als den Pächter eines realen oder radizirten Gewerbes oder als den Besitzer eines Gewerbsprivilegiums wird legitimiren können, da bei der Gewerbspolizei die Ausübung immer der Hauptgesichtspunkt ist, und es immer noch Aufgabe des Siegers seyn wird, nun auch jene gesetzlichen Vorbedingungen zu erfüllen, ohne welche er die Bewilligung zur Ausübung dennoch nicht erlangen kann; allein es kann und darf der Gewerbspolizei nicht gleichgiltig seyn, in welcher Art zwei oder mehrere Gewerbsleute im Wege gerichtlichen Vergleiches etwa belieben würden, die Grenzen ihrer Gewerbsbefugnisse gegenseitig festzusetzen; denn wäre hier einmal die Pforte des Zugeständnisses civilrechtlicher Competenz, und somit der Zulässigkeit gerichtlicher Vergleiche geöffnet, so würde sich durch diese Pforte bald eine solche Schaar streitlustiger oder spekulationssüchtiger Gewerbsleute drängen, daß in kurzer Zeit der Anblick des Gebietes der Grenzen bürgerlicher Gewerbsbefugnisse das Bild einer be-

dauerlichen, ja am Ende heillosen Verwirrung liefern, und daß die oberste Gewerbspolizei bald sich außer Stand gesetzt sehen würde, diese Grenzen fernerhin nach Zweck und Bedürfniß und aus eigener Competenz und Amtsgewalt zu reguliren; — wie oft namentlich würde der Fall vorkommen, daß z. B. ein herabgekommener Gewerbsmann im heimlichen Einverständnisse mit einem wohlhabenden und gewinnsüchtigen einen Rechtsstreit und hiernach einen Vergleich abkartete, kraft dessen ihm der Wohlhabende gegen eine Vergütung einen Theil seiner Befugnisse abträte, oder kraft dessen der Herabgekommene — (ebenfalls gegen Vergütung, oder um z. B. eine Schuld an den Wohlhabenden abzuzahlen) — einen Theil seiner Befugnisse dem Wohlhabenden zur Ausübung oder Mitausübung überließe? — Es wünscht z. B. ein Weinwirth auch Bier ausschenken zu dürfen, um die Zahl seiner Gäste zu vermehren; er verabredet mit zwei herabgekommenen Bierwirthen, deren Einer ihm Geld schuldig ist, einen Prozeß, läßt sich von den beiden mit der actio negatoria utilis belangen, beruft sich excipiendo auf Verjährung und Herkommen, vor dem Aktenschluße vergleichen sich aber die Theile; die Bierwirthe bewilligen dem Weinwirthe die Befugniß, Bier zu schenken, und dieser erläßt hiefür dem Einen seine Schuld und zahlt dem Anderen eine monatliche Vergütung. — Kann sich die Gewerbspolizei diesen Vergleich gefallen lassen? Und sind die übrigen Bierwirthe an diesen Vergleich gebunden? Wären sie gebunden, wenn in Folge Richterspruches dem Weinwirthe jene Befugniß zuerkannt worden wäre?

Cod. jur. Cap. XIV. §. 11. 4to., drittens.

Sind sie an diesen Richterspruch gebunden, so wären sie es auch an einen solchen Vergleich.

§. 26. (ad 5.) Was ist unter „privatrechtlichem" Titel zu verstehen?

Wohl nicht blos jene Titel, welche im bayerischen Landrechte im Kapitel „von unterschiedlicher Art und Weis, das Eigenthum zu erlangen" verzeichnet sind, sondern offenbar überhaupt jene im Gesetze bezeichneten dinglichen und persönlichen Verhältnisse und Wege, wodurch man legitime eine Sache oder ein Recht erwerben, bewahren oder von einer Verbindlichkeit oder Last sich befreien kann. Hier dringt sich die bestrittene Frage auf: „kann Herkommen und unvordenkliche Verjährung als ein privatrechtlicher Titel betrachtet werden, da ersteres eine Gesetzesquelle, und letztere in ihrer Grundlage eine praesumtio juris validissima ist?"

a) Das Herkommen (Gewohnheitsrecht, consuetudo, jus consuetudinarium) ist eine Quelle richterlicher Entscheidungen, sowie administrativer Verfügungen und Entschließungen, und bildet in einer gegebenen Gemeinde dem geschriebenen oder ungeschriebenen Gesetze gegenüber oder neben diesem eine feste Norm des Handelns und der Entscheidungen. Das bayerische Landrecht handelt vom Herkommen (wie schon oben erwähnt) nicht bei den Titeln und Verhältnissen, wodurch Rechte erworben werden oder zu Verlust gehen, sondern (p. I. Cap. 2. §. 15) bei den Quellen des Rechtes; es theilt die Rechte ein in göttliche, menschliche und natürliche, die menschlichen wieder (dem Gegenstande und dem Subjekte nach) in Völkerrecht, Staatsrecht und bürgerliches Recht; dem gemeinen wird das statutarische, dem geschriebenen das ungeschriebene entgegengesetzt, und bei letzterem vorzüglich das Gewohnheitsrecht oder Herkommen abgehandelt. Mit Unrecht nennt man daher das Herkommen einen privatrechtlichen Titel, und das Berufen eines Gewerbsprätendenten hierauf kann weder die Justiz kompetent machen, über einen solchen Anspruch zu entscheiden, noch die Administrativbehörden hindern, in solchen Fällen aus eigener Competenz zu verfügen und zu entscheiden.

Wenn z. B. A behauptet, daß B schuldig sei, ihm den Kleinzehent zu reichen, so muß er auf Widersprechen zwar darthun, daß und in welchem Maaße der Kleinzehent in der Gemeinde oder Zehentflur, in welcher er denselben prätendirt, Herkommens sei, und er wird auch in seiner Klage die Existenz eines solchen Herkommens behaupten müssen; allein indem er sich hier agendo auf das Herkommen beruft, kann nicht gesagt werden, er berufe sich auf einen Privatrechtstitel; er beruft sich vielmehr auf ein in jener Gemeinde oder Zehentflur bestehendes ungeschriebenes, in der Gewohnheit fundirtes Gesetz, wornach dieser Kleinzehent gereicht werden muß. Ob er aber ihm gereicht werden muß? Das ist eine andere Frage und Seite seines Anspruches: er muß sich nämlich für seine Person zum Anrecht auf den Bezug dieses Kleinzehents legitimiren, und hiezu bedarf er bald eines Titels, bald wieder auch keines Titels; er kann z. B. dieses Zehentrecht oder das zehentherrliche Gut durch Erbschaft, Kauf, Tausch, Schankung rc. erworben haben. Hier steht ihm ein Titel zur Seite. Die Erwerbung kann aber auch durch außerordentliche Verjährung von 30 Jahren begründet seyn; hier bedarf er keines Titels, weil bei dieser Verjährung die Länge der Zeit statt des Titels gilt.

Es haben auch die höheren Gewerbspolizeibehörden schon in mehreren Fällen anerkannt, daß das Berufen auf ein Herkommen keineswegs die Wirkung des Berufens auf privatrechtliche Titel habe, und sie haben hiernach in solchen Fällen selbst und aus eigener Competenz die erforderlichen Verfügungen und Entscheidungen erlassen.

§. 27. b) Man pflegt die sogenannte unvordenkliche Verjährung häufig den übrigen (und eigentlichen) Verjährungsarten gleich zu setzen, allein mit Unrecht. Es

ist hier begreiflich nicht der Ort, um über diese Lehre sich ausführlicher zu verbreiten, weshalb ich mich darauf beschränke, den wesentlichen Unterschied zwischen der sogenannten unvordenklichen und den übrigen Verjährungen in einem möglichst kurzen Umriß anzudeuten.

Die gesetzlichen Hauptrequisite jeder eigentlichen Verjährung sind (Cod. civ. p. II. Cap. 4. §. 4):

a) Der Besitz der zu verjährenden Sache oder des zu verjährenden Rechtes (possessio);

b) ein rechtmäßiger Titel (titulus);

c) der gute Glaube (bona fides);

d) der Ablauf einer in den Gesetzen bestimmten Zeit (tempus).

Allein bei der sogenannten unfürdenklichen Verjährung ist

ad a) zwar der Besitz ebenfalls ein Hauptrequisit; hingegen

ad b) kann hier von einem rechtmäßigen Titel niemals die Rede seyn, denn dieser, wäre er vorhanden, würde sie sogar ausschließen; sie ist *loco* tituli, privilegii et concessionis specialis;

ad c) bona fides ist bei ihr nicht erforderlich, und während erwiesene mala fides bei allen wirklichen Verjährungsarten, bevor sie legitime erstreckt sind, schadet und den Lauf der Präscription unterbricht, schadet im Gegentheile bei der sogenannten unvordenklichen Verjährung mala fides nicht; endlich erscheint es

ad d) gerade als ein unterscheidendes Hauptmerkmal der unvordenklichen Verjährung, daß sie nicht durch einen in den Gesetzen bestimmten Zeitablauf erstreckt werden kann, da bei ihr im Gegentheile der Besitz weder einen bekannten Anfang gehabt, noch ein erweisliches Ende oder einen Unterbruch haben darf.

Während überdieß keinerlei Unterbruch des Besitzes bei

der eigentlichen Verjährung, nachdem sie einmal (durch den Ablauf der bestimmten Zeit) erstreckt ist, mehr schadet, so schadet gerade im Gegentheile bei der unvordenklichen Verjährung jeder nachweisbare Besitzunterbruch aus irgend einem Zeitraume, denn sie ist nur dann für vorhanden anzunehmen, wenn ein Besitz vorliegt, dessen Anfang Niemand kennt, und welcher über Menschengedenken hinaus stets ununterbrochen so fortbestanden hat. Liegt ein solcher Besitz vor, so entsteht hieraus die gesetzliche Vermuthung, daß dieser Besitz schon vom Anfange her ein rechtmäßiger war, und dieses ist der Grund, warum diese sogenannte Verjährung von allen gesetzlichen Verjährungsverboten (eben, weil sie keine eigentliche Verjährung) ausgenommen, warum sie loco tituli, privilegii et concessionis specialis ist, und warum sie selbst gegen obrigkeitliche Anordnung und gegen geschriebenes Gesetz sich bilden und aufrecht erhalten kann.

Man sehe das Nähere über diese Lehre in: *Cod. civ.* p. II. Cap. 4. §. 9, et in notis 1. lit. f. 3. lit. b, c und d, 4, erstens, zweitens und drittens; —

Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechtes, 5te Auflage, 1823, §. 322, a (Band II. Seite 98).

von Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, 3te Auflage, 1827. Band II. Seite 201 ꝛc. —

Höpfner's Kommentar über die Heinecc. Institutionen, 8te Auflage, 1818. §. 406. —

Schweppe, römisches Privatrecht, 3te Auflage, 1822. §. 158. Seite 121. —

Thibaut über Besitz und Verjährung. Jena 1802. Theil II. Seite 185 ꝛc. —

Daß bei den Lehrern des gemeinen Rechtes diese sogenannte Verjährung im Grunde nur als eine Vermuthung behandelt und angesehen wird, ist bekannt, und um hier in Kürze nur einige Stellen derselben anzuführen, so sagt z. B.

a) Thibaut: „daß die vermuthete Rechtmäßigkeit des Besitzes der Grund der unvordenklichen Verjährung ist;“

b) Mackeldey: „Im Grunde ist die praescriptio immemorialis nichts weiter, als eine Vermuthung für den rechtmäßigen Erwerb;"

c) von Wening-Ingenheim: „Wenn gleich der bloße Ablauf einer Zeit für sich kein Recht begründen kann, so entsteht doch sehr natürlich die Vermuthung eines gesetzlich begründeten Erwerbes, wenn 2c. .... Auf diese Vermuthung stützt sich die unvordenkliche Verjährung;"

d) Schweppe: „Ist die Unvordenklichkeit vorhanden, so macht sie den Zustand zu einem rechtlichen, oder, wie Andere es ausdrücken, begründet eine unwiderlegbare Vermuthung für dessen Rechtmäßigkeit;"

e) Höpfner: .... „Aus diesem Besitze entsteht eine Vermuthung, daß ich oder meine Vorfahren diese Sache oder dieses Recht vormals rechtmäßig erworben haben, und wenn ich mich auf diese Vermuthung berufe, so sagt man: ich gründe mich auf die unvordenkliche Verjährung."

Wenn nun das, was man abusive „unvordenkliche Verjährung" nennt, eigentlich keine Verjährung ist, sondern blos die Vermuthung der rechtmäßigen Entstehung und Rechtmäßigkeit eines Besitzes, hergeleitet aus der erwiesenen Unvordenklichkeit desselben, so ist sie auch kein eigentlicher privatrechtlicher Titel, sondern vielmehr ein Beweismittel per conjecturam et praesumtionem für die Rechtmäßigkeit des prätendirten Besitzes oder für die legale Entstehung des in Anspruch genommenen Rechtes. Ein solches Beweismittel aber vor den Polizeigewerbsbehörden beizubringen, kann Niemanden verwehrt seyn, und auch diesen Behörden ist sicherlich nicht das Recht entzogen, solche Behelfe zu prüfen, ihre Glaubwürdigkeit zu erheben und auf den Grund dieser Erhebungen das Geeignete zu verfügen oder zu entscheiden.

§. 28. Es nimmt z. B. A eine Tafernwirthsbefugniß (ein radizirtes Gewerbe) in Anspruch; die im nämlichen Orte befindlichen beiden Tafernwirthe B und C bestreiten diese Befugniß; A beruft sich aber auf die Unvordenklichkeit des Besitzes in Ausübung dieser Befugniß. Die angeordnete Recherche zeigt, daß, so weit rentamtliche Gewerbskataster und gewerbspolizeiliche Kataster zurückreichen, A und seine Vorfahren in denselben immer als Tafernwirthschaftsbesitzer vorgetragen sind; die gewerbspolizeilichen Akten, so weit sie zurückreichen, weisen keinen Fall nach, daß jemals gegen diese Tafernwirthsgerechtsame von Gewerbsgenossen ein Einspruch erhoben worden wäre; auch legt A der Gewerbspolizeibehörde beglaubigte Abschrift der Vernehmung mehrerer hochbetagter Zeugen zum ewigen Gedächtnisse vor, welche einhellig bestättigen, daß sie seit mehr als 40 Jahren aus eigenem guten Wissen den ununterbrochenen Besitz des A hinsichtlich dieser Tafernwirthsgerechtsame bezeugen können, daß sie keinen Anfang dieses Besitzes wissen, und daß sie auch von anderen Leuten nie ein contrarium gehört haben. Soll die Polizeibehörde nun diese Sache formell zurückweisen und den Parteien bedeuten, daß hier nach Artikel 10, Nr. 3 die Competenz der Civilgerichte indizirt sei? — Sie wird schwerlich gegen das Gesetz verstossen, wenn sie diesen Fall selbst entscheidet, denn aus der Unvordenklichkeit des Besitzes des A entsteht eine dringende Vermuthung für dessen Rechtmäßigkeit, und um zu dieser Vermuthung zu gelangen, bedarf es nicht erst eines Civilprocesses und eines civilrichterlichen Urtheiles.

§. 29. Eine weitere Controverse hat sich ergeben über die Frage:

A. ob Verjährung überhaupt in Gewerbssachen einen zuläßigen privatrechtlichen Titel bilde, —

B) ferner, wenn diese Frage bejaht wird, unter welchen Voraussetzungen oder Beschränkungen?

ad A. Diejenigen, welche der Ansicht sind, daß für Erwerbung oder Verlust von Gewerbsrechten (persönlichen, realen und radicirten) und von einzelnen Gewerbsbefugnissen die Verjährung kein civilrechtlicher Titel sei, unterstützen diese Ansicht mit folgenden Gründen:

1) zur Erwerbung werde gesetzlich vor Allem res habilis, d. h. eine der Verjährung fähige Sache (oder Berechtigung) erfordert; Sachen und Rechte demnach, worüber der Private nicht verfügen könne, und die nicht in commercio humano seien, eigneten sich hiernach auch nicht zur Verjährung, sei es nun zur erwerbenden oder zur erlöschenden.

2) Zu den Sachen und Rechten, welche nicht in commercio humano seien, und worüber der Private nicht disponiren könne, gehörten demnach besonders polizeiliche Gegenstände und Rechte, zu diesen aber namentlich Gewerbssachen und Gewerbsrechte.

3) Hiemit wolle keineswegs gesagt werden, daß z. B. über reale und radicirte Gewerbsrechte unter Privaten nicht verfügt werden könne, allein es sei zu unterscheiden zwischen schon bestehenden derlei Rechten und zwischen dem Entstehen von Gewerbsrechten. — Schon bestehende Gewerbsrechte (die Personalconcession ausgenommen) könnten allerdings, wie jede andere Sache, auch Gegenstand der Verjährung seyn; ein Anderes aber sei es, wenn es sich um das Entstehen von Gewerbsrechten und einzelnen Gewerbsbefugnissen handle. Jede Berechtigung zum Gewerbe gehe ursprünglich von der Obrigkeit aus, ein Privatmann könne weder ein Gewerbsrecht im Allgemeinen verleihen, noch eine einzelne Gewerbsbefugniß bewilligen.

4) Jeder erwerbenden Verjährung stehe nothwendig eine erlöschende gegenüber, und umgekehrt, denn eigene Sachen

und Rechte könne man durch Verjährung nicht erwerben, sondern nur fremde; deshalb seien zur Verjährung immer auch zwei Subjekte erforderlich, ein handelndes und ein leidendes; ersteres erwerbe durch Verjährung eine Sache oder ein Recht des letzteren; existire aber für eine Sache oder ein Recht kein Subjekt mehr, so werde Sache und Recht eine res oder ein jus nullius; res und jura nullius aber würden nicht durch Verjährung erworben, sondern durch Occupation.

5) Das einzig denkbare leidende Subjekt rücksichtlich eines Gewerbsrechtes oder einer Gewerbsbefugniß würde der Staat oder die Obrigkeit seyn; allein da dieses Subjekt von Polizei wegen handle und aus diesen Handlungen nicht den Gerichten Rechenschaft zu geben oder vor Gericht recht zu nehmen schuldig sei, so würde es demjenigen gegenüber, welcher ein Gewerbsrecht oder eine Gewerbsbefugniß aus dem Titel der Verjährung anspräche, an einem klagbar zu belangenden Subjekte, an einem Beklagten mangeln, denn dem die Gewerbsobrigkeit vertretenden k. Fiskus gegenüber könne dem Prätendenten ein Gewerbsrecht oder eine einzelne Gewerbsbefugniß nicht zuerkannt, und der k. Fiskus könne nicht für schuldig erklärt werden, einen solchen richterlichen Spruch sich gefallen zu lassen.

6) Man wolle zwar aus dem Artikel 1 des Gewerbsgesetzes vom 11. September 1825, und namentlich aus den Worten:

„durch Verjährung kann von nun an keine Gewerbs„befugniß mehr erworben werden"

schließen, daß bis dahin Erwerbung von Gewerbsbefugnissen durch Verjährung allerdings Statt gefunden habe; allein es sei zu unterscheiden, ob sie mit Recht, oder ob sie blos hie und da faktisch Statt gefunden habe, da solche einzelne faktische Fälle offenbar dem Grundsatze nicht präju-

diciren können. Läge es nicht im Principe, daß eine Erwerbung von Gewerbsbefugnissen durch Verjährung unstatthaft ist, so würde wohl das Gewerbsgesetz vom 11. September 1825 dieselbe nicht so streng ausgeschlossen haben, und eben, weil er diesen strengen Ausschluß aussprach, habe der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, daß er es durchaus nicht für grundsatzmäßig und für recht halte, wenn in früherer Zeit gegentheilige Fälle vorkamen.

§. 30. Schon im vorigen Jahrhunderte äußerte sich ein ausgezeichneter Beamter:

„er erkenne in Polizeisachen weder eine rem judicatam, weder eine rem transactam, noch auch eine Präscription. Nach der Lage der Zeit und der Umstände müsse eine Sache recta ad utilitatem Publici, cedente jure privato, dirigirt werden, und von zwei streitigen Theilen habe jener Recht, durch welchen der Nutzen des Publici als das besagte Polizei-Augenmerk vorgeschaffet werde."

Daß über diese Frage auch bei den Appellationsgerichtshöfen und beim obersten Gerichtshofe verschiedene Ansichten existiren, ist aus vielen Entscheidungen bekannt. Ich will darum hier nur noch einige wenige aufführen.

Ein oberrichterliches Erkenntniß vom Jahre 1838 (oberstrichterlich bestätiget) enthält z. B. Folgendes:

„Durch Verjährung wird nach Cod. civ. p. II. Cap. 4. §. 1 das Eigenthum einer fremden Sache oder einer besonderen Gerechtsame auf einer fremden Sache mit der Zeit erlangt; daher sind die Bestimmungen des Landrechtes über Verjährung auf Gewerbsgerechtsamen durchaus nicht anwendbar ...... Gewerbsgerechtsamen können überdieß schon deshalb nicht durch Verjährung ursprünglich erworben werden, weil

sie, wie schon nach den Grundsätzen, welche vor dem 1. Dezember 1804 gegolten haben, anerkannt war, (Anmerkungen zu Cod. civ. p. V. Cap. 27. §. 21 lit. a; Mayr's Generaliensammlung, Band II. Seite 1364), ihrer Natur nach rein persönlich und Ausfluß obrigkeitlicher Verleihung, sohin als res extra patrimonium anzusehen sind, und dem zu Folge, wenn auch durch Mißbrauch Gewerbsrechte in realer Eigenschaft verliehen oder als real anerkannt wurden, dieselben doch nur, wenn sie bereits bestehen, Gegenstand der Verjährung seyn, keinesfalls aber durch Verjährung entstehen können (Vergleiche Cod. civ. p. II. Cap. 4. §. 3. Nr. 1). — Es ist auch der Grundsatz, daß die Erwerbung einer Gewerbsgerechtsame durch Verjährung unstatthaft sei, in der Verordnung vom 10. Juni 1805, wenn dieselbe auch nur zunächst von Wirthschaften handelt, allgemein ausgesprochen, und durch den Umstand, daß im Landrechte, Theil II. Cap. 8. §. 17 von Erwerbung der sogenannten Ehehaften (Schmid-, Mühl-, Bad- und Taferngerechtigkeiten) durch Verjährung von unfürdenklicher Zeit gesprochen wird, ist obiger Grundsatz, anstatt daß hierin eine Stütze für die gegentheilige Ansicht gefunden werden könnte, als durch eine reine Ausnahmsbestimmung vielmehr bestättiget."

Im Gegensatze zu dieser Ansicht spricht sich z. B. ein oberstrichterliches Erkenntniß vom Jahre 1840 dahin aus:

„daß es keinem Zweifel unterliegen könne, daß früher (vor Emanirung des Gesetzes vom 11. September 1825) Gewerbsbefugnisse eben so, wie andere dingliche Rechte, durch Verjährung erworben werden konnten, da dieser modus acquirendi bezüglich auf

die Gewerbsbefugnisse eben durch das erwähnte Gewerbsgesetz, Artikel 1, erst aufgehoben worden sei."

§. 31. ad B. Allein auch selbst da, wo man behauptet, daß Gewerbsrechte allerdings durch Verjährung erworben werden können, ist man nicht einig darüber, unter welchen Voraussetzungen und Modifikationen eine solche Erwerbung stattfinde? Namentlich ist man nicht einig über den *terminus ad quem* einer solchen Verjährung und über den Fall, wenn dem Prätendenten keine Privatpartei gegenübersteht.

In letzterer Beziehung sind Viele der Ansicht, daß in solchem Falle Verjährung nicht zuläßig, ja nicht einmal möglich sei. Es hätte z. B. in einer Gemeinde bis zum Jahre 1827 keinen Schlossermeister gegeben, und es hätten die dortigen Schmidmeister von Alters her bis dahin sich mit Verfertigung von Schlosserarbeiten befaßt. Im Jahre 1829 träte ein nun vorhandener Schlossermeister gegen die Schmidmeister auf, diesen aber würde gewerbspolizeilich die fernere Verfertigung von Schlosserarbeiten untersagt. Können nun die Schmidmeister, wenn sie gegen den Schlossermeister mit der actio confessoria utilis auftreten, ihre Klage auf den Titel der Verjährung stützen? Nein; denn zur Zeit, als den Schmidmeistern die Verjährungszeit gelaufen seyn solle, habe in der Gemeinde noch kein Schlossermeister, also kein leidendes und ad contradicendum vel prohibendum befugtes Subjekt existirt; gegen den kgl. Fiskus aber greife eine solche Verjährung ohnehin nicht Platz, da er vor den Gerichten nur in Privatrechtssachen Recht zu nehmen habe, Gewerbssachen aber nicht in das privatrechtliche, sondern in das Polizeigebiet gehören.

In ersterer Beziehung aber (nämlich hinsichtlich des termini ad quem bei solchen Verjährungen) herrscht nament-

lich darüber ein Zweifel, ob diese Verjährung auch noch nach dem Erscheinen der Verordnung vom 1. Dezember 1804 habe erstreckt werden können? Auch über diese Frage ist bekanntlich von den Gerichten in verschiedenen Richtungen erkannt worden; ich führe hier eines der neueren Beispiele an.

Als nämlich ein Untergericht dem Prätendenten einer Gewerbsbefugniß zu beweisen auferlegte, daß er und seine Vorfahren dieselbe schon seit 30 Jahren vor dem 11. September 1825 ausgeübt haben, änderte das Obergericht diesen Beweissatz dahin ab, daß der Prätendent zu beweisen habe: „daß bei seinem Gewerbe jene Befugniß seit dreißig Jahren vor dem 2. Jänner 1805 ausgeübt worden sei.“

Diese Abänderung wurde in folgender Weise motivirt: „Es ist zwar richtig, daß Gewerbsgerechtigkeiten in so ferne extra commercium sind, als alle, die persönlichen, realen und radizirten, auf landesherrlicher Verleihung beruhen, denn auch Realgerechtigkeiten sind vor dem Erscheinen der Verordnung vom 1. Dezember 1804, wie sich aus dem Rescripte vom 14. Mai 1737 (Mayr's Generaliensammlung, Band IV. Seite 606) aus Cod. civ. p. V. Cap. 26. §. 2., Cap. 27. §. 21, aus den Verordnungen vom 29. November 1764, §. 26 und 9. Oktober 1769, Nr. 14, Absatz 2 (Mayr's Generaliensammlung von 1771, Seite 359 und 381) und aus der Verordnung vom 1. Dezember 1804 selbst ergibt, durch obrigkeitliche Bewilligung entstanden. Dessenungeachtet sind aber Gewerbsgerechtigkeiten weder an sich der Verjährung unfähig, noch ist sie durch specielle Gesetze ausgeschlossen.“

„Die vor der Verordnung vom 1. Dezember 1804 (Regierungsblatt 1805. Seite 43) im Gewerbswesen bestandenen Bestimmungen, insbesondere Cod. civ. p. V. Cap. 27. §. 14 et 21. Cap. 26, §. 2 und die Verordnungen vom 25. Juni 1771 (Mayr's Generaliensammlung, Band II. Seite 1364) und vom 20. März 1783 (eodem Band IV. Seite 661), in welchen, wie in den neueren Gesetzen, der Grundsatz der Persönlichkeit aller Gewerbsrechte ausgesprochen ist, enthalten ein Verbot der Verjährung nicht;*) aus klaren Bestimmungen geht vielmehr hervor, daß die Verjährung auch in Ansehung realer Gewerbsgerechtigkeiten für einen giltigen Privatrechtstitel angesehen werden müsse. Nach Cod. civ. p. II. Cap. 8. §. 17 in notis**) wurde das von landesherrlicher Bewilligung ausgehende Recht, Ehehaften zu errichten, durch unfürdenkliche Verjährung erworben, im §. 21, lit. e, loco citato heißt es, daß die Bäckergerechtigkeit per concessionem vel praescriptionem erlangt werde, und in Ansehung der Erwerbung des als ein Regale betrachteten Bräurechts ist §. 53. N. 6 et 7 loc. cit. ausgesprochen:

„„Die landesherrliche Bewilligung wird nicht nur ausdrücklich, sondern auch öfter auf stillschweigende Art ertheilt, und beruht diese letztere lediglich auf solchen factis, woraus man consensum principis

---

*) Dieß wäre wohl daraus zu erklären, daß es da, wo nach dem Grundsatze der Persönlichkeit eine Verjährung nicht denkbar ist, ohnehin keines besonderen Verbotes der Verjährung bedurfte.

**) In einem anderen oberrichterlichen Erkenntnisse ward dieselbe Stelle für die gegentheilige Ansicht angeführt.

wahrscheinlich ermessen kann. Aus dem bloßen Zeitverlaufe oder der Verjährung wird zwar ebenfalls tacita concessio eruirt; wie viel aber Zeit hiezu erforderlich sei, entscheidet sich aus dem, was wir oben Cap. 4, §. 3, Nro. 4, 10 et 11 de praescriptione regalium nec non rerum lege prohibitarum überhaupt angeführt haben.""

Darnach war Verjährung bei den Gewerben zuläßig, und dieselbe nach den oben angeführten Gesetzesstellen zu beurtheilen, welche enthalten, daß res lege prohibitae sowie Regalien gegen die das utile et interesse publicum verwahrende Obrigkeit und gegen den Fiskus in unfürdenklicher Zeit und im Streite der Privaten unter sich nicht nur in unfürdenklicher Zeit, sondern auch sine titulo in 30 Jahren und cum titulo in 10 Jahren verjähren. — Jedoch konnte dazu, daß ein Gewerbe aus der außerordentlichen Verjährung für ein reales erkannt wurde, keineswegs genügen, daß das Gewerbe während der Dauer der Verjährungszeit lediglich überhaupt ausgeübt ward, weil die Präsumtion dafür steht, daß jedes Gewerbsrecht persönlich sei, sondern es war nothwendig, daß es die Verjährungszeit hindurch als ein reales ausgeübt worden ist, denn nur hiedurch konnte sich aus der Verjährung die Muthmaßung der landesherrlichen Zustimmung, daß das Gewerbe als ein reales betrachtet werde, ergeben, und die für die Persönlichkeit streitende Vermuthung beseitiget werden. Wer daher vor der Verordnung vom 1. Dezember 1804 die Realität seines Gewerbes gegen die Obrigkeit behauptete, mußte dessen Ausübung seit unvordenklicher Zeit erproben; derjenige, welchem die Realität von einem Privaten widersprochen ward, hatte, so ferne

er sich auf einen, das Entstehen seines realen Rechtes begründenden Titel nicht berufen konnte, gleichfalls unfürdenkliche Verjährung oder mindestens dreißigjährige Ausübung des Gewerbes als eines realen nachzuweisen, und stritt es sich unter Privaten um das Eigenthum eines anerkannt realen Rechtes, so gewährte dreißigjährige, oder, wenn das Recht cum titulo erworben worden, zehnjähriger Besitz den Sieg Rechtens."

„Was die neueren Gesetze betrifft, so schafft die Verordnung vom 1. Dezember 1804 zwar das Herkommen, d. h. (?) die Verjährung im eigentlichen Sinne und (?) das Gewohnheitsrecht bei Gewerben überhaupt ab, allein dieses Verbot hat weder die unfürdenkliche Verjährung betroffen, welche nach Cod. civ. p. II. Cap. 4, §. 9, in notis Nro. 3 unter dem Generalverbote der Verjährung niemals verstanden*) sondern allzeit tacite pro excepta gehalten wird, so ferne nicht im Gesetze ausdrückliche Meldung von dieser Präscription in specie geschieht, noch konnte es, da keinem Gesetze rückwirkende Kraft inwohnt, und die Verordnung überdieß die Schonung der bereits erworbenen Privatrechte ausdrücklich anbefiehlt, eine Rückwirkung auf die Vergangenheit äußern, und die unfürdenkliche außerordentliche und ordentliche Verjährung ausgeschlossen haben, wenn die Gewerbspolizei bei dem Vollzuge der Verordnung prüfte, ob ein Gewerbe als ein reales anzuerkennen und in dieser Eigenschaft in die Kataster einzutragen sei, oder wenn zwischen Privaten nur ein Streit über

---

*) Eben, weil es keine eigentliche Verjährung ist.

das Eigenthum einer als real anerkannten Gewerbsgerechtigkeit obwaltet."

„Die Verordnung vom 10. Juni 1805 (Regierungsblatt 1805, Seite 732), welche keine das ganze Gewerbswesen umfassende Bestimmung zu ihrem Gegenstande hat, sondern lediglich gegen die Winkelwirthschaften erlassen worden ist, dürfte über ihren Umfang und Zweck auch dann nicht ausgedehnt*) werden, wenn das allerhöchste Rescript vom 13. Dezember 1817 (Isarkreis-Intelligenzblatt 1817, Seite 1025) nicht bestünde, wodurch diese Verordnung auf andere Gewerbe, Gewerbsgerechtigkeiten und Gewerbsstreitigkeiten anzuwenden ausdrücklich untersagt ist."

„Das Gewerbsgesetz vom 11. September 1825 endlich verordnet im Artikel 1, Absatz 2, daß durch Verjährung von nun an keine Gewerbsbefugniß mehr erworben werden kann, hält sohin hinsichtlich des Verbotes der Verjährung gleichen Schritt mit der Verordnung vom 1. Dezember 1804, und nachdem im Artikel 4, Absatz 2 dieses Gesetzes weiters bestimmt ist, daß die Realität der Gewerbe nach den jeden Ortes bestehenden Verordnungen beurtheilt werden soll, so erscheint nicht nur die unfürdenkliche, sondern auch die außerordentliche Verjährung als ein giltiger Rechtstitel für reale Gewerbsgerechtigkeiten, wobei jedoch, wenn die Begründung einer solchen Gerechtigkeit durch die außerordentliche Verjährung erreicht werden will, dieselbe bereits vor der am 2. Jänner 1805 erfolgten Publikation der Verordnung vom 1. Dezember 1804 erstreckt gewesen seyn muß."

*) Weiter oben ist eine diese Verordnung von einem anderen Gesichtspuncte aus auffassende oberrichterliche Entscheidung angeführt worden.

§. 32. Im Gegensatze mit den hier entwickelten Ansichten hat der oberste Gerichtshof (O. A. G. E. Nro. 765, $18^{40}/_{41}$) abändernd erkannt und den terminus ad quem bei der dreißigjährigen Verjährung auf den 11. September 1825 (statt auf den 2. Jänner 1805) festgesetzt. Die Gründe hiefür sind im Wesentlichen folgende:

„Die Verordnung vom 1. Dezember 1804 enthält in ihrem dispositiven Theile durchaus keine Bestimmung, durch welche die Verjährung der Gewerbsrechte überhaupt ausgeschlossen wäre. Ueberdieß spricht diese Verordnung blos von den Handwerksbefugnissen und von denjenigen Gewerben, zu deren Ausübung eine besondere persönliche Geschicklichkeit oder Kunstfertigkeit erfordert wird, wozu aber das Gewerbsgeschäft des Klägers offenbar nicht gehört. Hieraus ergibt sich, daß besagte Verordnung hieher keine Anwendung finden kann, sondern, daß es lediglich auf die neuesten Bestimmungen des Gewerbsgesetzes vom 11. September 1825 anzukommen hat, in welchen (Artikel 1, Absatz 2) ausgesprochen ist:

„daß von nun an keine Gewerbsbefugniß mehr durch Verjährung erworben werden könne."

Da nach diesem klaren Wortlaute die Verjährung blos von nun an bei Gewerben ausgeschlossen ist, so ist es unzweifelhaft, daß bis zum Erscheinen dieses Gesetzes die Verjährung noch als ein tauglicher Erwerbstitel bei Gewerben gegolten habe."

§. 33 ad 6. Wie ist das Wort „Klagegrund" zu nehmen?

Betheiligte können sich entweder mit ihren Klagen gleich unmittelbar an den Civilrichter wenden, oder sie können ihre

Differenz bei der Gewerbspolizei vorbringen. Im ersten Falle hat der Civilrichter vor Allem die Natur und den Zweck der Klage, sowie der Stellung der Parteien, somit seine eigene Competenz, zu prüfen, um hiernach entweder die Klage formell zulassen oder sie wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte a limine judicii zurückweisen zu können. — Im zweiten Falle hat die Gewerbspolizeibehörde in gleichem Sinne eine ähnliche vorgängige Prüfung anzustellen, wornach sie die Differenz entweder aus eigener Competenz recherchirt und verbescheidet, oder die Theile auf den Rechtsweg verweist.

Hat letzteres zu geschehen, so ist es eben nicht nothwendig, daß der als Kläger oder Beschwerdeführer Auftretende seinen Anspruch oder sein Gesuch auf einen privatrechtlichen Titel stütze, denn gleiche Verweisung zum Rechtswege hat auch dann zu erfolgen, wenn zwar der Kläger oder Beschwerdeführer seinen Anspruch oder sein Gesuch auf rein gewerbspolizeiliche Gründe stützt, sein Gegner aber seine (ihm nothwendig zu gönnende) summarische Vertheidigung auf wahre privatrechtliche Titel gründet, und die Sache sich sonst zur Anwendung der Bestimmungen des Artikels 10, Nro. 3 eignet. Nach dem Grundsatze: „excipiendo reus fit actor“ tritt hier der Gegner in die Stelle des Klägers ein, und sein privatrechtlicher Titel ist wie ein Klagegrund zu behandeln. In solchem Falle ist die Gewerbspolizeibehörde nicht mehr zur Entscheidung competent, sondern muß die Theile auf den Rechtsweg verweisen.

Ob auf letzterem dann der bei der Gewerbspolizei als Kläger oder Beschwerdeführer Aufgetretene, oder ob sein Gegner als Kläger auftritt (der Eine mit der actio negatoria utilis, oder der Andere mit der actio confessoria utilis) ist gleichgiltig, weil oft auch schon aus der Negatorienklage ersehen werden kann, daß der Beklagte excipiendo sich auf einen privatrechtlichen Titel für seinen Gewerbsanspruch stü-

tzen wird; hier verwandelt sich dann der Exceptionsgrund in einen Klagegrund, und die Competenz des Civilrichters bleibt aufrecht erhalten. (Die Negatorienklage beruht auf der Vermuthung der natürlichen Freiheit, weshalb hier regulariter der Beklagte den Beweis zu führen hat und quasi in die Rolle des Klägers tritt; in dieser Beziehung hat die Negatorienklage, ihrem Zwecke und Erfolge nach, Aehnlichkeit mit der provocatio ad agendum vel probandum.)

§. 34. Ueberblickt man nun das hier (§. 19—33) erörterte Gebiet von Streitfragen und zweifelhaften Fällen, so zeigt es sich, welche großen Schwierigkeiten man bei Beurtheilung und Anwendung der Bestimmungen des Artikels 10, Nr. 2 u. 3 im Gewerbsgesetze vom 11. September 1825 zu überwinden hat; deshalb sei es auch ferne, hier eine Auflösung dieser Zweifelsfragen gegeben haben zu wollen; es mußte genügen, Einiges blos näher zu prüfen und durch praktische Beispiele anschaulicher zu machen, Anderes in seinen Begriffs- und Anwendungsgrenzen mehr von der negativen Seite zu beleuchten, Manches endlich zur selbstigen näheren Prüfung hervorzuheben, und dabei auf die vorkommenden Hauptkontroversen zu verweisen.

Faßt man endlich kurz zusammen, was in diesen Blättern über das Verhältniß des Civilrechtes zum Gewerbsrechte und über deren Wechselwirkung betrachtet wurde, so ergeben sich folgende Hauptfälle:

1) Die Gewerbspolizei verfährt in eigener Competenz und nimmt von der Civiljustiz und dem Civilrechte keine Kenntniß;

2) sie bedarf behufs ihrer Verfügungen oder Entscheidungen eines Zeugnisses, einer Verhandlung, eines Ausspruches 2c. der Behörden freiwilliger oder streitiger Gerichtsbarkeit;

3) sie entscheidet in **eigener** Competenz, nach **civilrechtlichen Grundsätzen** oder **civilprocessualen Normen**;

4) sie hält sich **nicht für kompetent**, sondern verweist die Sache zur Civiljustiz, und zwar

a) **ohne** weiter von der Civilgerichtsentscheidung Notiz zu nehmen, oder

b) **um nach** Erfolgtseyn dieser Entscheidung aus eigener Competenz das Weitere zu verfügen oder zu entscheiden.

Beispiele ad 1 finden sich in §. 15, Nr. 1, 2 u. 3 dieser Blätter; — ad 2 in §. 16, Nr. 1, 2, 3 u. 4; — ad 3 in §. 17 (Nr. 1, 2, 3 u. 4) §. 19, (c, lit. cc.) §. 28 u. §. 31; — ad 4, a in §. 15, Nr. 4; — ad 4, b in §. 20, §. 22. a, u. §. 33; Beispiele zu 4, b sind unter anderen auch noch, wenn A und B um die Bewilligung zur selbstständigen oder zur pachtweisen Ausübung eines Realrechtes nachsuchen, Beide das Eigenthum hieran oder Pachtrechte hierauf geltend machen, und eine gütliche Ausgleichung mißlingt; hier weist die Gewerbspolizeibehörde die Theile auf den Rechtsweg, und entscheidet nach dessen Erschöpfung seiner Zeit zu Gunsten des Siegers; — oder A behauptet, eine große und kostbare Vor- und Einrichtung geerbt, B hingegen behauptet, sie durch Schankung erworben zu haben; beide bitten, auf den Grund dieser Erwerbung, ihnen die erforderliche Concession zu verleihen; auch diese Beiden werden auf den Rechtsweg verwiesen, und dem Sieger wird (suppositis caeteris supponendis) die Concession verliehen ꝛc. ꝛc. Beispiele zu 4, a sind ferner, wenn etwa A dem B ein Realrecht verpachtet, es bald darauf verkauft, dem B von der Gewerbspolizei hierauf die fernere Gewerbsausübung eingestellt wird, und B nun von A eine Entschädigung verlangt; — oder wenn A eine Concession unter der Auflage erhält, den B zu alimentiren, dieß aber später un-

terläßt, und B nun Alimente fordert; hier werden die Theile zum Rechtswege verwiesen, ohne daß die Gewerbspolizei seinerzeit von der richterlichen Entscheidung Kenntniß oder Notiz zur Darnachachtung nimmt.

Zweiter Abschnitt.

Ueber Beachtung processualer Normen im Gewerbsgebiete.

§. 35. a. Es gibt Proceßgrundsätze, deren Beachtung im Gewerbspolizeigebiete unerläßlich ist;

b) es gibt Proceßnormen, die auch im Gewerbspolizeigebiete regulariter volle Anwendung finden können;

c) es gibt solche, die dort nur modificirt oder ausnahmsweise analog anzuwenden sind, und

d) endlich solche, deren Anwendung theils nicht zweckgemäß, theils sogar direkt untersagt ist.

Es sollen diese 4 Kategorien in der Reihenfolge der Kapitel der bayerischen Gerichtsordnung kurz durchgegangen und nach Erforderniß mit einigen Beispielen erläutert werden.

§. 36. (ad a.) Cod. jud. Cap. I. §. 1. Verbot der Selbsthilfe. Dieses Verbot greift auch in Polizei-, folglich nicht minder in Gewerbssachen Platz; der Betheiligte darf daher z. B. nicht eigenmächtig den Laden eines Individuums schließen, welches sich einer Gewerbsanmassung schuldig gemacht hat; er darf eben so wenig aus dem Laden eines Gewerbsmannes Waaren hinwegnehmen, welche dieser zu führen etwa nicht berechtiget ist, u. s. w. Vielmehr hat Jeder, welcher in Gewerbssachen beschwert zu seyn oder einen Anspruch zu haben glaubt, sich gebührend an die zuständige

Obrigkeit zu wenden. Indessen darf sich auch der Gewerbsmann in den Fällen und in dem Maaße, wie es die Landesgesetze jedem Besitzer gestatten, gegen Besitzstörungen schützen, und drohender Besitzentsetzung mit den im Gesetze erlaubten Abwehrungsmitteln begegnen.

Kap. I. §. 19. Jedermann ist auch in Gewerbsachen gehalten, den ordentlichen Instanzenzug zu beobachten, und darf nichts bei der oberen Instanz mit Umgehung der zuständigen unteren anbringen. (Die zuständige untere Instanz ist aber nicht immer die gewöhnliche erste Instanz, sondern oft bildet die sonstgewöhnliche zweite Instanz die erste; so z. B. müssen Gesuche um Ertheilung einer Buchdruckers-, Bierbrauers-, Fabrikconzession ꝛc. bei den k. Kreis-Regierungen als zuständiger erster Instanz angebracht werden.) —

Kap. III, §. 1 (Kap. V, §. 1, Kap. XVI, §. 2.) — Obwohl das Verfahren in Gewerbssachen ein polizeiliches, und als solches ein dem Summarissimo (Kap. III, §. 3 et in notis) gleichkommendes seyn soll, so darf doch bei allen zur Verfügung oder Entscheidung vorkommenden Klagen und Beschwerden der Betheiligten nicht der Grundsatz des „audiatur et altera pars“ verletzt werden, und zwar bei Vermeidung unheilbarer Nichtigkeit. — In der Regel ist der Gegentheil nur einmal zu hören, doch kann (zumal, wenn sich in Folge der polizeilichen Recherche neue oder noch weiter aufzuklärende Umstände hervorthun) ausnahmweise auch eine nochmalige Vernehmung des Klägers (oder Beschwerdeführers) und auch des Gegentheiles verfügt werden. — Dieß Gehör des Gegentheiles erstreckt sich aber nicht so weit, daß ihm z. B. von einer dem anderen Theile gemachten summarischen Beweisauflage, oder von einer Be-

rufung (auch Richtigkeitsbeschwerde) Nachricht gegeben oder daß gar Ladung zur Antretung eines Gegenbeweises, zur Nebenverantwortung oder Adhäsion rc. verfügt wird. — Reicht jedoch der eine Theil ein Gesuch um restitutio contra sententiam ein, so ist dasselbe (falls es überhaupt in Gewerbssachen formell zugelassen werden kann) allerdings dem Gegentheile bei Vermeidung unheilbarer Richtigkeit zur kurzen Vernehmlassung mitzutheilen, da dieß Gesuch einem neuen Klagsanbringen gleich zu behandeln ist. (Proceß-Novelle vom 17. November 1837, §. 52.) —

Kap. III, §§. 4 u. 5. Die Gewerbspolizei ist verpflichtet, den Gewerbsmann in den ihm zustehenden regulären oder ausnahmsweisen Befugnissen nach Maaßgabe der hierüber bestehenden Gesetze und Verordnungen zu schützen (Regulirung des *possessorii*) und in diesem Sinne auch Provisorien zu erlassen. (Gewerbsgesetz, Artikel V, Nr. 1—3, Cod. jud. Kap. XIV, §. 11, 3tio et in notis.) —

Kap. IV, §. 7. Bei jedem Anbringen in Gewerbspolizeisachen muß das *Petitum* deutlich und dem Gesuche oder der Beschwerde anpassend seyn, und die Behörden sind nicht verbunden, auf undeutliche und unpassende Petita oder auf Gesuche und Beschwerden, die gar kein Petitum enthalten, zu verfügen, außer in jenen Fällen, wo das Gesuch oder die Beschwerde für die Obrigkeit blos Veranlassung wird, *ex officio* gewerbspolizeilich thätig zu werden. Es ist z. B. dem Privilegisten N. N. auf Beschwerde der Schuhmacher einer Gemeinde befohlen worden, seine Aushängtafel mit der Aufschrift:

„N. N., k. privilegirter Schuh- und Stiefelmacher“ bei Vermeidung von Strafe sofort zu entfernen. Beschweren sich nun die Schuhmacher darüber, daß N. N. diese

Tafel noch nicht entfernt habe, so wird derselbe, auch ohne daß Erstere ein Petitum hierauf gerichtet haben, in die angedrohte Strafe verurtheilt, und bei weiterer Anzeige des Amtsdieners nach Umständen die Tafel von Amtswegen weggenommen.

Kap. IV, §. 17. Zeigt sich bei einem Gesuche oder einer Beschwerde, daß über den betreffenden Gegenstand schon eine rechtskräftige Entscheidung oder ein obrigkeitlich genehmigter Vergleich vorliegt, oder erscheint der gänzliche Ungrund des Vorbringens schon aus dessen Fassung und Inhalte selbst, so ist die Behörde verpflichtet, ohne weitere Instruktion und resp. ohne weitere Vernehmung des Gegentheiles die Abweisung dieses Anbringens zu verfügen.

Kap. V, §. 1. Nicht nur sollen auch in Gewerbspolizeisachen die Betheiligten bei Vermeidung unheilbarer Nichtigkeit der Nothdurft nach gehört, sondern auch die Ladung soll an dieselben in gehöriger Art erlassen werden, da man einer unförmlichen oder unvollständigen Ladung auch in Polizeisachen Folge zu leisten nicht schuldig ist. Hiernach ergibt sich, daß in der Ladung namentlich auch Veranlassung und Zweck derselben auszudrücken ist, und daß man es in Maaß und Art der Ladungen überhaupt nicht zu leicht nehmen darf, weil auch in Polizeisachen das Recht geschützt, und die Gerechtigkeit geübt, und weil auch in solchen Sachen, wenn sie gleich nur summarisch instruirt und durchgeführt zu werden pflegen, gleichwohl jedem Betheiligten Gelegenheit gegeben werden muß, seinen Anspruch oder seine Beschwerde im Wesentlichen gründlich anzubringen oder sich gegen solches Anbringen genügend, wenn auch im Ganzen summarisch, zu vertheidigen.

Kap. VI, §. 11, Kap. IX, §. 3, Kap. XII, §. 1. Ist der Angeklagte dessen, worüber gegen ihn Klage oder Beschwerde geführt wurde, geständig, so hat jede weitere Instruktion zu unterbleiben, und es ist nach Lage der Akten und Gesetze die geeignete Verfügung oder Entscheidung zu erlassen.

Kap. VII, §. 1 u. 7. In Gewerbspolizeisachen hat Jeder sein Gesuch, seine Beschwerde oder seine Vertheidigung in erster Instanz selbst anzubringen. Anwälte werden nicht zugelassen (außer wo z. B. die k. Kreisregierungen die erste Instanz bilden, oder bei Privilegiengesuchen, die unmittelbar an das k. Ministerium des Innern gerichtet werden). Tritt aber gleichwohl der Fall ein (z. B. wegen Krankheit, Abwesenheit ꝛc.), daß Jemand an persönlichem Erscheinen verhindert wäre, so ist genau darauf zu sehen, daß sein Stellvertreter sich gehörig als Bevollmächtigten ausweise; ein hierin befundener Mangel kann allerdings unheilbare Nichtigkeit der von einem nicht oder nicht gehörig Bevollmächtigten gepflogenen Handlungen nach sich ziehen.

Kap. IX, §. 1. Ueber jedes relevante Anbringen des Gesuchstellers oder Beschwerdeführers wie seines Gegners ist, wenn es als streitig oder widersprochen erscheint, und nicht durch Offizialrecherche zur erforderlichen Klarheit oder Gewißheit gebracht werden kann, nothwendig dem Betheiligten der erforderliche Beweis aufzuerlegen, da keine Sache, einmal angebracht, wenn die Partheien auf Verfügung oder Entscheidung dringen, unerledigt bleiben darf. Jedoch bedarf es keines förmlichen Interlokuts, sowie hierauf keiner förmlichen Beweisantretung, sondern es reicht, bei der Vorschrift, daß in Polizeisachen durchweg summarie verfahren werden soll, hin, daß dem Betheiligten die Beibringung der

erforderlichen Nachweise per Signaturam oder ad Protocollum einfach aufgetragen, und von diesem hierauf seinerzeit das Erforderliche (ebenfalls ad Protocollum) vorgelegt wird.

§. 37. (ad a.) (Fortsetzung) Kap. X, §§. 10 u. 11. Auch in Gewerbspolizeisachen ist hinsichtlich der von den Partheien vorgeschlagenen oder von Amtswegen zu vernehmen für nothwendig erachteten Zeugen genau darauf zu sehen, ob denselben nicht Untüchtigkeit oder Exceptionsmäßigkeit im Wege stehe, da Erstere ohnehin absolute nichts beweisen, auf die Exceptionsmäßigkeit eines Zeugen aber auch in Polizeisachen bei der zu erlassenden Verfügung oder Entscheidung gehörige Rücksicht genommen werden muß. — (Siehe auch ibidem. §. 12, 2do.) —

Kap. XIV. §. 2 u. 6. Kap. XVI, §. 2. Jede Sache, welche förmlich entschieden werden soll, muß vorher genugsam instruirt seyn; dieß gilt auch von Polizeisachen. Eben so dürfen da, wo zur Entscheidung collegiale Berathung und Beschlußfassung erforderlich ist, die für die respektiven Collegialverfassungen bestehenden Vorschriften nicht außer Acht gelassen werden, und zwar bei Vermeidung unheilbarer Nichtigkeit.

Kap. XIV, §. 8. — (Kap. V, §. 1.) — Jeder Beschluß, wenn er Wirksamkeit erlangen soll, muß den Betheiligten gehörig eröffnet werden; Gleiches gilt von einfachen Verfügungen. Unterlassung dessen würde unheilbare Nichtigkeit alles auf den Grund einer solchen Verfügung oder Entscheidung Angeordneten oder Vollzogenen zur Folge haben.

Kap. XIV, §. 9. Was einmal cum cognitione causae, d. h. mit Vernehmung beider Partheien, entschieden

oder verfügt ist, darf auch in Gewerbspolizeisachen nach geschehener Publikation oder Notifikation von der nämlichen Behörde nicht mehr (als mittels Einwendung und resp. in Folge eines rechtmäßigen Rechtsmittels) abgeändert oder zurückgenommen werden. (Auch die Bestimmung ibidem, 3tio findet in gewerbspolizeilichen Entscheidungen Anwendung.) —

Kap. XIV, §. 11. Jede Entscheidung, welche einmal mit Worten oder Werken anerkannt, oder gegen welche kein gesetzliches Rechtsmittel mehr übrig ist, eignet sich auch in Gewerbspolizeisachen entweder auf Anrufen, oder nach Umständen auch von Amtswegen zum sofortigen Vollzuge. — Was eine Gewerbspolizeibehörde gegen bereits vorliegende rechtskräftige Entscheidung (in der nämlichen Sache) verfügt, entscheidet oder vollzieht, ist mit unheilbarer Nichtigkeit behaftet.

Kap. XV, §. 8. Was eine Gewerbspolizeibehörde nach insinuirter Berufung oder auch ohne solche Insinuirung, jedoch noch vor Ablauf der Fatalien (den Fall, wo das Gesetz den Suspensiveffekt versagt, ausgenommen) zum Vollzuge ihrer sohin noch nicht rechtskräftigen Entscheidung anordnet oder vollzieht, hat keine gesetzliche Wirksamkeit und ist als ein Attentat zu behandeln.

Kap. XVIII, §. 2. — (Kap. I, §. 1.) — Kommt es auf den Vollzug einer Entscheidung an, so soll dieser stets von der Gewerbspolizei ausgehen, und soll keine eigenmächtige Einschreitung oder Selbsthilfe von Seiten der Betheiligten geduldet werden.

Kap. XVIII, §. 5. Obwohl Exekution in der Regel gegen Dritte nicht Platz greift, so soll sie doch ausnahmsweise auch in Gewerbspolizeisachen gegen den Dritten ohne

weiters — (nach vorhergehender Androhung, Kap. XVIII, §. 1.) — vollzogen werden, wenn dieser das strittige Objekt erst während des Gewerbsstreites an sich gebracht hat, oder es sonst mala fide inne hat, oder wenn die Sache so beschaffen ist, daß sich res judicata (Kap. XIV, §. 11.) auch auf ihn erstreckt.

§. 38. ad b. Unter die Proceßnormen, die auch im Gewerbspolizeigebiete *regulariter* volle Anwendung finden können, sind besonders die nachstehenden zu zählen.

Kap. I, §. 20. Perhorreszirung von Kollegien und Rekusation einzelner Commissäre, Referenten und Votanten findet auch in Gewerbspolizeisachen Statt. Nur wird hier der Perhorreszenzeid aus dem Grunde nicht Platz greifen, weil in Gewerbspolizeisachen Zulassung der Partheien zu einem Eide überhaupt nicht Vorschrift und üblich ist.

Kap. II, §. 5. Die Zulassung der Advokaten in Gewerbspolizeisachen in Bezug auf Vorstellungen, Beschwerden, Berufungen ꝛc. an die k. Kreisregierungen, an das k. Ministerium des Innern ꝛc. unterliegt keinem Bedenken und Verbote; nur soll jederzeit genau auf gehörige Legitimation des Anwalts gesehen, und derselbe daher zur ordnungsmäßigen Beibringung seiner Vollmacht oder des Ratifikatoriums angehalten werden.

Disciplinarvorschriften für und gegen Advokaten bestehen auch im Administrativressort, und es ist für die Rechtsmittel gegen verhängte Verweise oder Strafen der geeignete Instanzenzug vorgeschrieben.

Kap. III, §. 4. Die Gewerbspolizeibehörden sind befugt, über den Besitzstand (in possessorio summarissimo)

nach Vorschrift der Gesetze (ex edicto uti possidetis) zu instruiren und zu entscheiden; doch ist auch hier die Beweisführung höchst summarisch.

Kap. III, §. 8. Die Zulassung unvermöglicher Interessenten zum Armenrechte, oder die wenigstens theilweise Zulassung durch Nachlaß der Stempelgebühr oder der Taxe findet auch im Gewerbspolizeigebiete Anwendung; nicht minder aber auch die Befugniß, den zum Armenrechte Gelassenen, wenn er in bessere Verhältnisse kömmt, zur nachträglichen Berichtigung der Stempel und Taxen anzuhalten.

Kap. V, §. 3. Die Ediktalcitation kömmt zwar in Gewerbspolizeisachen seltener vor, allein es waltet kein Bedenken ob, sie auch hier in passenden Fällen anzuwenden.

Kap. VI, §. 9. Einreden und Vertheidigungsmittel von Amtswegen zu ergänzen, ist die Gewerbspolizei-Obrigkeit in der Regel nicht verpflichtet; wenn sich dieselben aber aus den Akten mit Evidenz ergeben, und namentlich, wenn auf solche Weise große Unförmlichkeiten oder Nullitäten vermieden werden können, so tritt auch hier die Verbindlichkeit ein, solche Behelfe von Amtswegen zu ergänzen und resp. zu berücksichtigen, jedoch weiter nicht, als es das Petitum des beklagten oder angeschuldigten Theiles und seine nothwendige Vertheidigung mit sich bringt.

Kap. VIII, §. 7. Sequestration einer streitigen Sache wird in Gewerbspolizeisachen in vielen Fällen verfügt; z. B. bei Prüfungsmeisterstücken, die von Zweien als deren Erzeugniß angesprochen werden; Gegenstände, worauf ein Privilegium ertheilt wurde, in dem Falle, wenn von Betheiligten die Neuheit oder Vorzüglichkeit der Erfindung rc. ange-

fochten wird; — Gewerbsrechte, die dem Besitze, oder Eigenthume nach von Mehreren angesprochen werden, pflegen bis zum Austrage der Sache verpachtet, und der Erlös ad depositum genommen zu werden, oder es wird ihre Ausübung einstweil gänzlich sistirt.

§. 39. ad b. (Fortsetzung.) Kap. X. Zeugenbeweis ist eines der häufigsten Beweismittel in Gewerbssachen. Die Zeugen werden unmittelbar bei der Obrigkeit vernommen, und zwar im Wege direkter Ladung oder durch Compassirung, oder endlich auch auf dem Wege der Requisition an andere Behörden.

Kap. X, §. 19. Thun sich vor erfolgender Entscheidung noch neue wesentliche Umstände hervor, oder hat sich gezeigt, daß bei der Zeugenvernehmung ordnungswidrig verfahren wurde, so kann auf Antrag der Betheiligten noch einmal eine Vernehmung der bereits abgehörten Zeugen zugelassen werden. (Dieß ist nicht zu verwechseln mit dem Falle, wo nach der Entscheidung oder doch nach der Vernehmung der Zeugen neue Zeugen vorgeschlagen werden; hierüber handelt das Kapitel über dir restitutio in integrum.) —

Kap. X, §. 20. Die Vorschriften der Gerichtsordnung, was der Richter zu thun habe, wenn die Zeugen einander in ihrer Aussage widersprechen, und eben so jene im Kap. XI, §. 11. über den Fall, wo sich zwischen den Urkunden und den Zeugenaussagen ein Widerspruch findet, kommen auch bei gewerbspolizeilichen Verfügungen und Entscheidungen zur Anwendung.

Kap. XI. Das Institut der Beweisführung durch Urkunden darf und kann dem Gewerbspolizeigebiete ebenfalls

nicht fremd bleiben, und seine Anwendung dürfte keinen anderen Modifikationen unterliegen, als welche sich aus dem Geiste, welcher polizeilichen Verhandlungen zum Grunde zu legen ist, von selbst erklären.

Hiernach (Kap. XI, §. 1—4) ist der Unterschied zwischen öffentlichen und Privaturkunden, zwischen Originalien, dann gefertigten und einfachen Abschriften auch in Gewerbspolizeiangelegenheiten nicht aus dem Auge zu lassen; nach Umständen (ibidem, §. 5 u. 7) kann es sogar zu förmlicher Urkundenproduktion und gegnerischer Erklärung hierüber kommen, nur fällt die Ausführung über die Relevanz der Urkunden und über ihre formellen Mängel hinweg, da die Polizei letztere ex officio prüft, und erstere dem Geiste des rein summarischen Polizeiverfahrens nicht entspricht; aus gleichem Grunde fällt der Diffessionseid hinweg, und Gesuche um Urkundenedition (ibidem §. 6) eignen sich nicht zur polizeilichen Cognition und Entscheidung, sondern sind, wenn die herauszugeben verlangte Urkunde schon voraussichtlich als relevant zu erachten ist, unter einstweiliger Sistirung des gewerbspolizeilichen Verfahrens, an die Civilgerichte zu verweisen.

Auch die Bestimmungen (ibidem, §. 10 u. 11) über die Fälle, wenn Urkunden sich unter einander widersprechen, oder wenn sie mit Zeugenaussagen im Widerspruche stehen, können bei gewerbspolizeilichen Entscheidungen nicht umgangen werden.

Kap. XII, §. 1., 2, 3 u. 5. Beweis durch Geständniß, Augenschein und Notorietät findet ebenfalls reguläriter Anwendung, und diese Beweismittel haben in Gewerbspolizeisachen sogar großes Gewicht; namentlich pflegt Augenschein sehr häufig theils von den Partheien beantragt, theils von Amtswegen verfügt zu werden.

Kap. XIV, §. 7. Gewerbspolizeiliche Entscheidungen sollen schriftlich abgefaßt seyn, und nebst Bezeichnung der Behörde auch jene der Partheien oder ihrer zugelassenen Vertreter, sowie des Betreffes, enthalten. Entscheidungsgründe beizufügen, ist zwar nicht verfassungsmäßige Pflicht, (wie bei richterlichen Urtheilen) jedoch allgemeine Praxis, und beruht auch auf einzelnen speziellen Vorschriften; z. B. in §. IV. der allerhöchsten Verordnung vom 24. Juni 1835 zum Vollzuge des Art. 10, Ziffer 2 des Gewerbsgesetzes.

§. 40. ad b. (Fortsetzung.) Kap. XIV, §. 10. Rechtsmittel (einzelne spezielle Verbotfälle ausgenommen) sind in Gewerbspolizeisachen ebenfalls zuläßig, in der Regel jedoch auf Berufungen und Beschwerden zur zweiten Instanz beschränkt. Die Fälle, wo Recurs oder Nichtigkeitsbeschwerde an eine weitere Instanz Statt findet, sind in speziellen Verordnungen bezeichnet. Das ergriffene Rechtsmittel hat jederzeit Devolutiveffekt in den Punkten, worüber es ergriffen wurde.

Kap. XIV, §. 12. Ergänzung der Akten bezüglich des Inhaltes zu Verlust gegangener Produkte durch Vernehmung von Zeugen, die über deren Inhalt aussagen können, ist ebenfalls statthaft. Redintegration ganz zu Verlurst gegangener Akten oder einzelner Produkte findet übrigens auch auf dem gewöhnlichen Wege der Vorlage der Manualakten der Partheien statt.

Kap. XV, §. 2. Nicht nur die Partheien selbst, sondern auch betheiligte Dritte können sowohl beistandweise, als auch für sich selbst, wenn gleich die Hauptparthei die Berufung oder Beschwerde gänzlich unterliesse, die Appellation ergreifen; z. B. wenn Einziehung eines Gewersprivile-

giums erkannt wird, welches einem Dritten verkauft oder theilweise abgetreten oder verpfändet wurde; oder wenn einem Fabrikanten nicht zu führen oder zu verfertigen erlaubte Gegenstände confiscirt werden, welche Eigenthum eines Dritten und etwa bloß zur Probe oder Aufbewahrung dem Fabrikanten übergeben sind; — oder wenn Jemanden die pachtweise Ausübung eines Realrechtes abgeschlagen wird; hier kann der Eigenthümer oder der Pächter appelliren, oder es kann sich der Eine der Berufung des Andern anschließen rc.

Kap. XV, §. 8. Begeht eine Parthei in Gewerbspolizeisachen nach ergangener Inhibition, insinuirter Appellation des Gegners, oder überhaupt vor Auslauf der Fatalien oder vor eröffneter Entscheidung der höheren Instanz ein Attentat, so ist die Behörde sowohl auf Anrufen als von Amtswegen verpflichtet, solches zu untersuchen und gebührend abzustellen.

Kap. XV, §. 11. Die Formalien einer Berufung oder Beschwerde, sowie eines Rekurses in Gewerbssachen sind von der höheren Instanz vor Allem zu prüfen, und wenn sich hierin ein wesentlicher Mangel bezeigt, so ist das Rechtsmittel, ohne in seine materielle Würdigung einzugehen, vorhinein zu verwerfen. Muthwillig und offenbar grundlos verfaßte Berufungen, Rekurse rc. haben nicht nur deren Verwerfung, sondern auch die Bestrafung der Parthei und des Anwalts zur Folge. — Abgesehen von der Bestimmung Cod. jud. Kap. XIV, §. 11. (in wie weit sich die Wirkung der Rechtskraft auch auf Dritte erstrecken könne) kömmt die Wirkung einer obsieglichen Entschließung der höheren Instanzen Dritten in dem Maaße zu Guten, als sie causam individuam, oder communem oder auch, als sie ein Recht hatten, die Berufung neben oder ohne der Haupt-

parthei zu ergreifen und dieselbe wirklich ergriffen haben. (Das Nichtergreifen der Berufung in solchen Fällen gälte einem Verzichte auf dieselbe, und sohin einer Submission unter die Entscheidung der vorigen Instanz gleich.)

Kap. XVI, §. 2. Beschwerden wegen unheilbarer Nichtigkeit aus dem Mangel der Jurisdiction und Citation (Kap. V, §. 1. Kap. VII, §. 1.) greifen auch in Gewerbspolizeisachen Statt, und selbst noch weitere Mängel, als jene der Citation und Jurisdiction, begründen hier eine durch jene Querel anzufechtende Nichtigkeit, nämlich (jenen formellen Nichtigkeitsgründen gegenüber) auch materielle, in wie weit eine wirkliche (eine materielle Nichtigkeit begründende) Verletzung der bestehenden Gesetze und Verordnungen nachgewiesen werden kann (nullitas ex decisione contra jus clarum in thesi); in solchen Fällen hebt das k. Ministerium des Innern die Beschlüsse der vorigen Instanzen kraft des demselben durch Art. XII, Absatz 3 des Gewerbsgesetzes vom 11. Sept. 1825 vorbehaltenen Oberaufsichtsrechtes wieder auf. — (Verordnung zu Artikel 10, Ziffer 1. u. 2, XVI, dritte Instanz in Gewerbssachen betr. vom 8. Febr. 1836.)

Nichtigkeit aus dem Mangel der Jurisdiction oder Citation kann unzweifelhaft auch bei derselben Instanz, welche sich die Nullität zu Schulden kommen ließ, also auch bei der ersten, accusirt werden (ibidem tertio); nicht minder kann die Nichtigkeitsbeschwerde klags- und exceptionsweise, ersteres vor, letzteres bei oder nach bereits verhängter Execution geltend gemacht werden. Daß die Nichtigkeitsbeschwerde an das für Berufungen und Recurse gesetzte vierzehntägige fatale gebunden seyn solle, dürfte schwerlich zu rechtfertigen oder zu begründen seyn; im Gegentheile liegt kein wesentliches Hinderniß vor, warum nicht auch hier in Analogie der Gerichtsordnung die dreißigjährige Frist anzunehmen wäre.

Kap. XVII. §. 4. Der Kostenpunkt ist ein Moment in der obrigkeitlichen Entscheidung, welches im Interesse des k. Aerars sowie in Rücksicht auf die Partheien nicht umgangen werden kann, und die desfallsigen Bestimmungen der Gerichtsordnung finden im Wesentlichen hieher Anwendung. Die Gewerbspolizeibehörde kann zwar in der Entscheidung von einem Ausspruche über den Kostenpunkt Umgang nehmen (welchen Falls die Kosten als stillschweigend kompensirt gelten); allein gleichwohl muß sie bei Berathung oder Erlassung ihrer Entscheidung die Frage, ob die Kosten zu kompensiren, oder wem und in welchem Maaße sie zu überbürden sind, schon vorher gewürdiget haben. —

Hiemit schließt sich die Zusammenstellung jener hauptsächlichen civilprozessualen Normen, welche auch im Gebiete der Gewerbspolizei regulariter und ohne eine wesentliche Abweichung ihre Anwendung finden. Der nun folgende weitere Abschnitt umfaßt die Aufführung jener Normen, welche im Gewerbsgebiete entweder nur mit wesentlichen Modifikationen oder nur ausnahmsweise zur Anwendung kommen.

§. 41. (ad c.) Kap. IV, §. 13. Da es in Gewerbssachen keine Kriegsbefestigung oder Litiscontestation und keine Unterscheidung zwischen negativer Litiscontestation und Einreden gibt, so kann eine Abänderung an dem Gesuche, an der Klage oder Beschwerde unbedenklich auch noch nach erfolgter Vernehmung des Gegners zugelassen werden, und es tritt bei solchen Aenderungen für den Mutanten oder Emendanten bloß die Verbindlichkeit zum Ersatze der bisher erwachsenen oder verursachten Kosten ein.

Kap. V, §. 10. Die Bestimmungen gegen den Ungehorsam der Partheien finden gewerbspolizeilich weder ihre

volle, noch jene durchgreifende Anwendung, wie im Civil-Prozesse. Weder das Präjudiz der Annahme der Affirmation, noch der Negation ist streng durchführbar; im Zweifel wird höchstens aus dem Schweigen Zugeständniß vermuthet; auf diesem Gebiete hat die Offizialthätigkeit einen größeren Spielraum, als im Civilprozesse, und was der Obrigkeit zu wissen nöthig ist, wird hier mehr ex officio erholt und ergänzt, als aus dem Anbringen der Partheien. Nichterscheinen auf wiederholte Ladungen hat Kostenverurtheilung, Geldstrafen, nach Umständen Realcitation zur Folge.

Kap. VIII, §. 4. Ausnahmsweise kann in Gewerbssachen auch das Institut der Intervention zur Anwendung kommen, jedoch mit der Modifikation, daß förmliche Klagestellung, Verhandlung, Beweisführung und Separatverbescheidung hinwegfallen; es wird vielmehr der Interventionspunkt bei derselben Obrigkeit, und in der Regel mit der Hauptsache in einer und derselben Entschließung erledigt. — Es verzichtet z. B. A auf seine Gewerbsconcession; B bewirbt sich um die erledigte, und die Ehefrau des A intervenirt, indem sie sofort darthut, daß ihr Mann blödsinnig, oder, daß er gerichtlich erklärter Verschwender sei, und ohne Curator nicht giltig einen Verzicht von so wichtigen Folgen erklären dürfe; sie habe bei der Sache ein eventuelles Interesse, da sie, wenn ihr Mann vor ihr stürbe, befugt sei, dessen Concession durch einen Geschäftsführer auszuüben. Oder eine Ehefrau wird in München ex privilegio Albertino Erbin ihres Mannes, welcher ein reales Gewerbe besaß; sie bittet, dasselbe an A verpachten zu dürfen; es treten jedoch B und C bei der Gewerbspolizeibehörde auf, und protestiren gegen die Ansprüche der Wittwe auf das Realrecht und gegen dessen Verpachtung, da die Wittwe verschwiegen habe, daß ein Geding (Ehevertrag mit Succes-

sionsbestimmungen) vorhanden sei, was den Effekt habe, daß jenes privilegium Albertinum nicht Platz greife; hiernach aber, da im Ehevertrage ihnen ein bedeutender Rückfall bedungen worden sei, und das Vermögen hauptsächlich nur in dem hinterlassenen Realrechte bestehe, seien sie zu jener Protestation befugt. — Oder A bittet, sein von C erkauftes Realrecht an B verpachten zu dürfen; hiegegen tritt D als Intervenient auf und protestirt gegen Eigenthum und Verpachtungsbefugniß des A, da ihm als Blutsverwandten des C das Einstandsrecht in jenes Realgewerbe zukomme. — In allen diesen Fällen kann die Gewerbspolizei derlei Interventionen nicht ignoriren, sondern hat sie vielmehr zu verbescheiden, ausser wenn (wie hier im zweiten und dritten Falle) civilrechtliche Fragen concurriren; denn diese müssen in via praeparatoria bei den Civilgerichten ausgetragen, oder es müssen von dort die nöthigen Zeugnisse &c. beigebracht werden, worauf dann die Polizeibehörde die Verhandlung wieder aufnimmt und hierin endlich entscheidet.

Kap. X, §. 8. Zeugen, welche auf wiederholte Ladung nicht erscheinen, pflegen in die Kosten der neuerlichen Ladung und der vereitelten Commission verurtheilt zu werden; eigentliche Geldstrafen kommen selten zur Anwendung; Gefängniß, geringe Kost &c. gar nicht.

Kap. X, §. 9. Wer von vorgeschlagenen Zeugen wieder abstehen will, kann dieß (da es in der Regel doch nur zu seinem Präjudize geschähe) auch noch nach geschehener Realproduction thun; nur hat er die Zeugen zu entschädigen und die verursachten amtlichen Kosten zu vergüten.

Kap. X, §. 13. 2do. In Gewerbs-, so wie in anderen Polizeisachen pflegt nach Umständen Beweis auch schon durch

einen Zeugen gemacht zu werden, und diese Bestimmung ist hier um so wesentlicher, als Erfüllungs- und Reinigungs-Eid dem Polizeiprozesse fremd sind, und hiernach, in Ermanglung anderer Beweismittel, die Aussage eines einzigen, aber tüchtigen und vollkommen aussagenden Zeugen allerdings genügen muß, um zu Gunsten des Producenten zu entscheiden, sowie die Aussage eines einzigen verdächtigen oder widrig aussagenden Zeugen in Ermanglung anderer Beweismittel hier zur Abweisung und resp. Verurtheilung des Producenten führen wird. Hiernach fällt auch die Bestimmung Cod. jud. Kap. X, §. 17. 5to. hinweg, woselbst verordnet ist, daß eine Gezeugschaft, welche vollständig erweisen soll, unter Anderem mit anderer Gezeugschaft dergestalt gleichförmig seyn muß, daß ein Zeuge wenigstens noch mit einem anderen Zeugen über das, was zu beweisen ist, in seiner Aussage übereinzustimmen hat.

§. 42. (ad c.) Fortsetzung. Kap. XV, §. 3. Was die Gerichtsordnung hier über den Suspensiveffect bei Appellationen bestimmt, kann in Gewerbspolizeisachen nur ausnahmsweise oder nur mit wesentlichen Modificationen applicirt werden.

1) Für's erste ist im Polizeigebiete zwischen einfachen Dekreten und Interlocutoriis simplicibus keine so scharfe Grenze gezogen, und Beschwerde oder Berufung findet oft hier gegen Verfügungen statt, die im Civilprozeßgebiete nur einfache Dekrete wären. Die Rücksicht also (ibidem 1mo.), ob eine gewerbspolizeiliche Verfügung oder Entscheidung einer interlocutoria simplex, einem einfachen Dekrete oder einer decisio cum vi definitivae gleich zu achten ist, kann noch keinen Anhaltspunkt dafür gewähren, ob einer Berufung oder Beschwerde der Suspensiveffekt zuzugestehen ist oder nicht.

2) Auch die Natur einer bloßen Provisionalverfügung (ibidem 2do.) rechtfertiget noch nicht die Versagung des Suspensiveffectes, Gleiches gilt bei Verfügungen oder Entscheidungen in causis Possessorii summarissimi et momentanei.

3) Eben dasselbe (ibidem 5to.) gilt von Verfügungen und Entscheidungen, welche kein jus reale vel perpetuum betreffen.

4) Auch die Beschwerdensumme (ibidem 6to) kann hierin keine feste leitende Norm geben, und eben so wenig

5) der Umstand (ibidem 7mo.), daß z. B. das Rechtsmittel gegen eine Verfügung oder Entscheidung der zweiten Instanz eingewendet wurde.

Es dürften vielmehr desfalls folgende Rücksichten und Grundsätze in das Auge gefaßt werden.

1) In allen Sachen, worin Berufung oder Beschwerde an eine höhere Instanz nicht direct untersagt ist, hat dieselbe (nachdem die privilegia de non appellando im Allgemeinen ausser Wirksamkeit gesetzt sind) Statt; die Appellabilität gewerbspolizeilicher Verfügungen oder Entscheidungen bildet demnach die Regel, so ferne dieselben von der ersten Instanz ausgehen; sie bildet aber eine Ausnahme, wenn sie von der zweiten Instanz ausgehen.

2) Jede ergriffene Berufung oder Beschwerde hat Devolutiv-Effekt, d. h. die Sache wird (Cod. jud. Kap. XV, §. 9.) nach Verhältniß der Punkte, in welchen appellirt oder querelirt wurde, sammt Allem, was davon abhängt, an die höhere Instanz devolvirt, der unteren Instanz dagegen in dem nämlichen Maße, (den Fall, wo Suspensiveffekt nicht gewährt werden kann) die Hand dergestalt gebunden, daß sie hierin weiter nichts mehr zu thun befugt ist, sondern die Entscheidung der höheren Instanz abwarten muß. (Was sie inzwischen gleichwohl zum Abbruche der noch nicht

rechtskräftigen Sache thun würde, ist (ibidem §. 8.) ein Attentat, und müßte auf Antrag der Parthei wieder sofort abgestellt werden). Es kann also hiernach eine Verfügung oder Entscheidung zum Theil (in Punkten, gegen welche kein Rechtsmittel eingelegt wurde) in Rechtskraft erwachsen seyn, während es zum anderen Theile (in den Punkten, in welchen appellirt oder querelirt wurde) noch unrechtskräftig bleibt. Der Devolutiveffekt

3) hemmt also in allen Fällen die Rechtskraft, und in der Regel auch die Vollziehbarkeit einer noch nicht rechtskräftigen Verfügung oder Entscheidung, so daß in der Regel der Suspensiveffekt nur die natürliche und gesetzliche Folge des Devolutiveffektes ist, und die Fälle, in welchen der Suspensiveffekt versagt ist, die Ausnahme von dieser Regel bilden. Schon aus letzterem Grunde (da jede Ausnahmsbestimmung stricte zu interpretiren ist) soll der Suspensiveffekt nur in den gesetzlich angeordneten Fällen verweigert werden; in Fällen aber, wo diese Verweigerung dem Ermessen der Behörden überlassen bleibt, soll sie nur mit Vorsicht und mit Erwägung aller Umstände eintreten. Hiernach dürften ungefähr folgende Hauptfälle zu unterscheiden seyn:

a) Wird gegen bloße Provisionalverfügungen, welche Gefahr halber keinen längeren Verzug leiden (ibidem §. 3. 2do) appellirt oder querelirt, so ist (schon aus allgemeinen polizeilichen Rücksichten) die Versagung des Suspensiveffektes gerechtfertiget.

b) Wird durch eine Verfügung oder Entscheidung der Besitzstand (Gewerbsgesetz Artikel V, Absatz 3) regulirt, oder bis zum gewerbspolizeilichen oder civilrechtlichen Ausgange der Sache (Cod. jud. Kap. VIII. §. 7.) die Sequestration beschlossen, so ist Verweigerung des Suspensiveffektes ebenfalls angezeigt, sobald die Aufrechthaltung des

status quo dringend geboten oder nicht der Fall gegeben ist, daß durch den sofortigen Vollzug des gravirlichen Beschlusses dem appellirenden oder querelirenden Theile ein empfindlicher oder gar ein unwiderbringlicher Schaden zugehen würde. Gleiches gilt

c) von dem Falle, wo Execution einer rechtskräftigen Verfügung oder Entscheidung beschlossen, und entweder über die Art der Execution Berufung eingelegt, oder überhaupt gegen das bisherige Verfahren oder einen Theil desselben Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen wird; in beiden Fällen jedoch wird vorausgesetzt, daß das Rechtsmittel gegen eine Verfügung oder Entscheidung zweiter Instanz ergriffen ward, weil hier in der Regel Rechtskraft eintritt, und sohin ordnungsmässig Execution hierauf zu erfolgen hat, folglich Suspensiveffekt regulariter nicht zugestanden werden soll. Geht jedoch der gravirliche Beschluß von der ersten Instanz aus, so soll der Suspensiveffekt nicht so leicht versagt werden, ausser wo Gefahr auf Verzug ist oder wo die Execution dem sich beschwerenden Theile keinen oder doch keinen besonderen Schaden bringt. (Zum Beispiele, wenn sich Jemand, ohne die erforderlichen Kenntnisse zu besitzen, ein Gewerbe anmaßt, dessen Ausübung feuer- oder sanitätspolizeigefährlich ist, und es wird von erster Instanz beschlossen, daß er die Ausübung binnen 24 Stunden einzustellen habe, widrigenfalls dieß von Amtwegen geschähe; oder wenn ein Feuerarbeiter seine Werkstätte an einem polizeilich nicht genehmigten Orte aufgeschlagen hat, und er von erster Instanz den Auftrag erhält, dieselbe binnen 12 Stunden zu schliessen, widrigenfalls dieß von Polizeiwegen geschehen werde; oder wenn Jemand ein reales Gewerbe ohne Nachsuchung und Erlangung der gewerbspolizeilichen Bewilligung ausübt und um Gestattung der Ausübung bis zur Erlangung dieser Bewilligung bittet; in solchem Falle, wenn die Erlangung dieser

Bewilligung nicht sofort wahrscheinlich, das Gewerbe aber von der Art ist, daß sich leicht ein Pächter hiefür finden läßt, wird die Gewerbspolizeibehörde voraussichtlich verfügen, daß der Betheiligte binnen z. B. 8 Tagen entweder die Gewerbsausübung gänzlich einzustellen oder einen tauglichen Pächter vorzuschlagen habe, widrigenfalls die Einstellung von Amtswegen erfolgen würde; oder es ist Jemand in eine geringe Geldstrafe rechtskräftig verurtheilt, und erhält nun den Auftrag, dieselbe binnen 8 Tagen bei Vermeidung der Auspfändung zu entrichten. In solchen und ähnlichen Fällen kann es keinem Bedenken unterliegen, daß die erste Instanz die angedrohte Execution, wenn der Betheiligte, statt zu gehorchen, ein Rechtsmittel ergreift, dessenungeachtet realisirt.

d) Bei Verhandlungen in bloßen Polizeisachen, welche kein jus reale vel perpetuum betreffen, will die Gerichtsordnung (Cap. XV. §. 3, 5to.) keinen Suspensiveffekt Statt finden lassen; allein diese Bestimmung kann in Gewerbspolizeisachen nur mit bedeutenden Modifikationen in Anwendung kommen, weil bekanntlich bei weitem die Mehrzahl gewerbspolizeilicher Entscheidungen und Verfügungen keine jura realia, sondern vielmehr jura *personalia* betrifft, welche häufig für die Betheiligten keine Bagatellsache, sondern vielmehr von großer Wichtigkeit und Nachwirkung sind; so z. B. wenn über das Erlöschen einer Concession, über die Befugniß einer angeblich böslich verlassenen Ehefrau, das Gewerbe ihres Mannes durch einen Geschäftsführer auszuüben, über Zulassung zu einer Gewerbsprüfung, über zeitweise Einstellung eines Gewerbes nach Artikel VI. Nr. 4 des Gewerbsgesetzes, über polizeilichen Gewerbsschutz nach Artikel V. Absatz 3 dieses Gesetzes, über Auflösung eines Gewerbsvereines rc. entschieden wird.

e) In Sachen unter 50 fl. an Geld oder Geldeswerth will die Gerichtsordnung (Cap. XV. §. 3, 6to) keinen Sus-

pensiveffekt zulassen. Auch diese Bestimmung kann in Gewerbspolizeisachen nur unter bedeutenden Beschränkungen Anwendung finden, namentlich daher nicht in Fällen, wo der Betheiligte unvermöglich ist, oder in bedrängten Verhältnissen lebt, oder der in Frage stehende Betrag für ihn auch sonst eine empfindliche Leistung wäre, oder wo (bei Verurtheilung in Geldstrafen) der Betheiligte sich darüber beschwert, daß die Geldstrafe in keinem Verhältnisse zum zu bestrafenden Falle stehe ꝛc.

§. 43. (ad c.) Fortsetzung. Vergleicht man mit dem hier (§. 42) Bemerkten die Bestimmungen des Gewerbsgesetzes und der hierüber erschienenen Verordnungen und generalisirten Entschließungen, so kommen sie nach Inhalt und Sinn mit den in §. 42 aufgestellten Grundsätzen theils ausdrücklich überein, theils stehen sie hiemit, wo es an einzelnen speziellen Bestimmungen fehlt, nicht im Widerspruche.

Es enthält nämlich das Gewerbsgesetz selbst (Artikel X. Ziffer 2. Absatz 3) sowohl die Aufstellung der Regel der Appellabilität der Beschlüsse der Unterbehörden (ersten Instanzen), als auch in den Worten:

„nur noch eine einzige Berufung an die nächstvorgesetzte höhere Stelle"

das regulare Verbot einer Berufung oder Beschwerde zur dritten Instanz; in letzterem Verbote liegt schon auch die Bewilligung der möglichsten Beschränkung der Zulassung des Suspensiveffektes in Fällen, wo gleichwohl ausnahmsweise eine Beschwerde oder Berufung zur dritten Instanz ergriffen wird. *)

---

*) Zu bemerken ist hier noch, daß, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde (Cod. jud. Cap. XVI. §. 2, 3tio) gegen ein Verfahren der ersten Instanz gleich unmittelbar an die zweite Instanz gebracht

Was die Instruktion zum Gewerbsgesetze vom 28. Dezember 1825 betrifft, so enthalten die wieder in Wirksamkeit getretenen Bestimmungen derselben über die Wirkung der Berufung und resp. über den Suspensiveffekt blos Einiges in §. 68, allein auch hieraus bestärkt sich das (im §. 42) oben Bemerkte.

Es wird nämlich in diesem §. 68 der Vollzugsinstruktion vorausgeschickt, daß, wer sich durch eine gewerbspolizeiliche Verfügung (im Concessionsgebiete) oder durch eine Entscheidung (in Privilegiensachen) beschwert hält, die Berufung hiegegen binnen 14 Tagen an die nächstvorgesetzte höhere Stelle ergreifen kann. Hiebei wird auf §. 66 der Instruktion verwiesen, welcher von jenen Verfügungen spricht, die zum Schutze „concessionirter" Gewerbsinhaber gegen Anmassungen, Pfuschereien und Gewerbsübergriffe erlassen worden sind, während der §. 65, welcher ebenfalls von Zuläßigkeit der Berufung zur zweiten Instanz handelt, jene Beschlüsse im Auge hat, wodurch über die Ertheilung oder Versagung der Concession entschieden wird. Zugleich wird auf §. 67 der Instruktion hingewiesen, welcher das gewerbspolizeiliche Wirken hinsichtlich der Ausübung und des Bestandes von Gewerbsprivilegien zum Gegenstande hat. — Hiernach erhellet, daß die Appellabilität der Beschlüsse, Verfügungen und Entscheidungen im Gewerbsgebiete als Regel aufgestellt wird. Nächste Folge der Berufung aber ist der Devolutiveffekt, und Ausfluß des letzteren ist in der Regel der Suspensiveffekt. Mit größerem Rechte also kann man (nach dem Geiste der allegirten Be-

---

wird, letztere hierüber qua erste Instanz zu entscheiden hat, so daß gegen eine solche Entscheidung dann die Berufung an das kgl. Ministerium des Innern als zweite Instanz regulariter Statt findet.

stimmung des Gewerbsgesetzes sowohl, als nach jener der Instruktion (§§. 65, 66, 67 und 68) annehmen, daß Gewährung des Suspensiveffektes in Gewerbssachen die Regel bilde, als daß man hieraus die gegentheilige Annahme zu begründen im Stande seyn dürftee.

— (Ehe ich zu der weiteren Bestimmung des §. 68 übergehe, glaube ich auf einen sehr wesentlichen, schon im ersten Abschnitte hervorgehobenen Umstand noch einmal aufmerksam machen zu müssen, darauf nämlich, daß, wo das Gewerbsgesetz und seine Vollzugs- und Erläuterungsverordnungen gleichzeitig oder gegenüberstellend von Concession und Privilegium sprechen, unter Concession nicht die zur Ausübung eines Gewerbes in persönlicher Eigenschaft ertheilte Bewilligung (Concession im engeren Sinne) zu verstehen ist, sondern die Concession im weiteren Sinne, jene gewerbspolizeiliche Bewilligung zur Ausübung eines bürgerlichen Gewerbes nämlich, deren auch der Besitzer eines realen oder radizirten Gewerbes, wenn er dasselbe ausüben will, bedarf. — Die Gewerbspolizei hat nur drei Hauptaufgaben im Auge, zu sorgen nämlich

a) daß Gewerbe in hinlänglicher Anzahl (und nicht in schädlich großer) vorhanden sind, daß sie

b) gehörig ausgeübt werden, und

c) daß sie gegen Anmassungen und Eingriffe des erforderlichen Schutzes sich erfreuen. Der Gewerbspolizei als solcher ist es gleichgiltig, ob Jemand sein Gewerbe kraft einer persönlichen Concession oder auf den Grund einer realen oder radizirten Gerechtsame ausübe; die Hauptsache bildet immer, zu prüfen, ob ihm diese Ausübung (Concession im weiteren Sinne) polizeilich gestattet werden könne?

Um zur Ertheilung einer solchen Bewilligung zu gelangen, hat man

a) die gesetzlichen Vorbedingungen der Ansäßigmachung zu erfüllen,

b) die persönliche Fähigkeit nachzuweisen,

c) sich über das zum Betriebe nöthige Vermögen zu legitimiren, und es ist

d) die Frage des örtlichen Bedürfnisses und des Nahrungsstandes der bereits vorhandenen Gewerbsmeister zu erwägen. — Sind diese Vorbedingungen erfüllt, diese Nachweise geliefert, und fällt die Erwägung dieser Frage zu Gunsten des Bewerbers aus (blos bei realen und radizirten Gewerben fällt die Erwägung der sub d bezeichneten Frage hinweg), so wird dem Gesuchsteller die Bewilligung zur Ausübung des Gewerbes in persönlicher Eigenschaft (Concession im engeren Sinne) oder eines realen oder radizirten Gewerbes (Concession im weiteren Sinne, Gewerbsgesetz, Artikel IV. 3 und 4) ertheilt. Man möchte einen Solchen einen ordentlichen Gewerbsmann nennen. — Ein bürgerliches Gewerbe kann jedoch nicht blos auf diesem ordentlichen Wege erlangt und hiernach ausgeübt werden, sondern auch auf einem außerordentlichen Wege, auf jenem des Gewerbsprivilegiums nämlich. Um ein solches zu erlangen, fordert das Gesetz weder Nachweis der Vorbedingungen zur Ansäßigmachung, noch Ausweis persönlicher Fähigkeit und hinreichenden Vermögens, noch Erwägung der Frage des Bedürfnisses oder des Nahrungsstandes Anderer; es gelangt also, wer ein solches Privilegium erhält, gleichsam auf einem außerordentlichen Wege zu der Bewilligung, ein Gewerbe oder eine einzelne Gewerbsbefugniß auszuüben; darum, die Gewerbswelt von der Seite der Ausübung und des Schutzes hierin betrachtet, zerfällt dieselbe in zwei Hauptkategorien, in Individuen nämlich, welche Gewerbsbefugnisse in Folge obrigkeitlicher Concession (im weiteren Sinne) und in Sol-

che, welche sie in Folge allerhöchster Privilegienertheilung ausüben. — Von diesem Standpunkte aus betrachtet, wird der Ausdruck „Concession" (Gewerbsgesetz, Artikel X. Ziffer 2, Absatz 1) und „concessionirte Gewerbsinhaber" (Vollzugsinstruktion, §. 66) im Gegensatze zu „Privilegium" und „Privilegieninhaber" erst klarer, und man wird zu der Ueberzeugung geführt, daß „Concession" an jenen Stellen immer nur als solche im weiteren Sinne genommen ist und genommen werden muß. Verwirft man diese Annahme, so bleibt es eine unlösbare Frage, warum (Artikel X. Ziffer 2 des Gewerbsgesetzes) die Gewerbspolizei blos über den Umfang der Concessionsgewerbsbefugnisse, und nicht auch der Befugnisse realer und radizirter Gewerbe zu entscheiden, und warum sie (Vollzugsinstruktion §. 66) blos concessionirte Gewerbsinhaber und nicht auch Besitzer realer oder radizirter Gewerbe gegen Anmassung, Pfuschereien und Uebergriffe zu schützen habe?) —

§. 44. (ad c.) Fortsetzung. Die weitere, direkt den Suspensiveffekt behandelnde Bestimmung in der Vollzugsinstruktion endlich enthält deren §. 68 im dritten Absatze. Diese Bestimmung statuirt eine Ausnahme und bestärkt also hiedurch die Regel. Sie lautet:

„Den Berufungen gegen die verfügte Einstellung der Gewerbsanmassung, Pfuscherei oder des Eingriffes in Gewerbs- und Privilegienbefugnisse und den Berufungen gegen die erkannte Zurücknahme eines Privilegiums in den §. 67, Nr. 1 erwähnten Fällen kömmt keine Suspensivwirkung zu."

Hiemit ist die Grenze bezeichnet, innerhalb welcher den gewerbspolizeilichen Berufungen der Suspensiveffekt versagt ist, und die Regel, daß er im Allgemeinen nicht zu versagen sei, erscheint hiedurch noch mehr befestiget. Ja selbst

diese Ausnahme, welche §. 68 der Vollzugsinstruktion hervorhebt, ist in der allerhöchsten Verordnung vom 24. Juni 1835 zum Vollzuge des Artikels X. Ziffer 2 im Artikel VI. wieder gemildert, woselbst es heißt:

„Die Berufung hat in der Regel keinen Suspensiveffekt; jedoch vorbehaltlich der nach Umständen bis zu erfolgtem Definitivbeschlusse zu erlassenden Provisionalverfügung."

— (Nicht selten ist diese Bestimmung mißverstanden worden, und mehrere Gewerbspolizeibehörden glaubten die Worte:

„die Berufung hat in der Regel keinen Suspensiveffekt"

allgemein in allen Fällen polizeilicher Verfügungen oder Entscheidungen hinsichtlich des Schutzes der Gewerbe anwenden zu können. Hieraus würde sich die (gewiß in der Anwendung unstatthafte) Folgerung bilden, daß Alles, was eine Gewerbspolizeibehörde hinsichtlich des Schutzes in Gewerben oder Privilegien beschließt, sofort auch (ungeachtet eingewendeter Berufung der Betheiligten) vollzogen werden könne, daß demnach, wenn der Beschluß eine Erlaubniß enthalte, das Erlaubte sofort geschehen dürfe, und wenn er ein Verbot enthalte, das Verbotene sofort unterbleiben müsse. Allein §. 68 der Vollzugsinstruktion und Artikel VI der allegirten allerhöchsten Verordnung sprechen nur von dem Falle, wo zum Schutze der Gewerbs- und Privilegieninhaber gegen Pfuscherei, Anmassung oder Uebergriff eingeschritten, also ein Verbot erlassen wird, und selbst hier soll der Suspensiveffekt nicht unbedingt, sondern nur in der Regel versagt seyn. Von der Bestimmung des §. 68 der Vollzugsinstruktion und des Artikel VI obiger allerhöchster Verordnung, welche für speziell benannte Fälle erlassen wurden, sind also offenbar alle anderen nicht in diese

Spezialkategorie gehörigen Fälle ausgenommen, z. B. der Fall, wo die erste Instanz einem Spezereihändler Schutz in der heterogenen Befugniß zum Schnittwaarenhandel versagt, wogegen der Spezereihändler appellirt; hier kann diesem, wenn er sich faktisch in der Ausübung des Schnittwaarenhandels befindet, derselbe nicht sofort eingestellt werden, sondern es ist die Entscheidung der zweiten Instanz abzuwarten. Oder wenn einem Gewerbsmanne rechtskräftig die Ausübung einer heterogenen Befugniß in zweiter Instanz (oder auch in erster) untersagt wurde, er später auf den Grund neu aufgefundener Behelfe um Restitution gegen den fraglichen Beschluß bittet und dieselbe in erster Instanz erhält; dieser neue Beschluß auf Restitution des Gewerbsmannes ist den betheiligten Gewerbsleuten zu eröffnen, und wenn sich diese hiebei nicht beruhigen, sondern die Berufung anmelden, so darf der restituirte Gewerbsmann nicht sofort die heterogene Befugniß ausüben, sondern es ist die höhere Entscheidung abzuwarten. Oder es ist gegen einen Gewerbsmann wegen Ausübung einer heterogenen Befugniß beschlossen worden, daß er diese Ausübung binnen 8 Tagen bei Vermeidung von 10 fl. Strafe einzustellen habe; appellirt er hiegegen, so dürfte kein Bedenken obwalten, der Berufung den Suspensiveffekt zu gewähren ꝛc.) —

§. 45. (ad c.) Fortsetzung. Kap. XVI, §. 1. Ob und in wie ferne das Institut der ***restitutio in integrum*** contra sententiam und jenes contra lapsum fatalium aut termini praejudicialis analog im Gebiete der Gewerbspolizei Anwendung finden könne, dieses ist eine nicht unwichtige Frage.

Was zunächst die Restitution gegen den Ablauf von Berufungsfatalien und präjudiziellen Terminen betrifft, so ist deren analoge Anwendung in Gewerbspolizei-

Sachen, wenn man nicht auf große Härten gerathen will, wohl unvermeidlich; keinenfalls können aber hier die strengen jetzt geltenden civilprocessualen Normen (Proceßnovelle vom 17. November 1837, §§. 35, 36 u. 38) als Richtschnur dienen, denn einmal ist es durchaus nicht nothwendige Folge, daß, wenn in civilprocessualer Hinsicht Abänderung früherer Proceßgesetznormen nothwendig erachtet wurde, die Polizei sich nun nicht mehr analog solcher civilprocessual aufgehobener oder abgeänderter früherer Proceßnormen bedienen dürfe; für's Zweite aber sind die Formen des polizeilichen Verfahrens kein so streng gegliederter und abgeschlossener Bau, wie jene des Civilprocesses, und sowie auf dem Polizeigebiete z. B. hinsichtlich der Beweisauflage, Beweisführung ꝛc. die Sache nicht so streng genommen wird, eben so kann wohl auch bei Versäumung von Fatalien und präjudiziellen Terminen nicht die Schärfe der Vorschriften der allegirten Proceßnovelle zur Norm dienen, sondern die Beurtheilung einer solchen Restitutionsbitte wird sich analog nach Cod. jud. Kap. XVI, §. 1, Nr. 11 et in notis zu richten haben. —

Was hingegen die Restitution, welche *contra sententiam* in Gewerbspolizeisachen gesucht werden will, anbelangt, so stehen deren analogen Zuläßigkeit mehrere Bedenken entgegen. Für's Erste nämlich beruht das Verfahren in Gewerbssachen auf dem Principe der polizeilichen Verhandlung, auf dem Polizeigebiete aber gibt es zwar Verfügungen und Entschließungen (Entscheidungen), aber keine Erkenntnisse (wie dieß namentlich bei Gelegenheit der ständischen Verhandlungen von 1843 über die Beschwerde des Israeliten Löwensteiner wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte vom Ministertische aus mit triftigen Gründen erörtert wurde); es läuft diese Art der Restitution also schon gegen den Grundbegriff des polizeilichen Verfahrens. Für's

Zweite soll restitutio contra sententiam (Kap. XVI, §. 1, 5to) allezeit erst nach vorläufiger Vernehmung des Gegentheiles und genugsamer Untersuchung und vollständigem Beweise der angegebenen Restitutionsursachen ertheilt werden Dieß setzt aber nicht nur ein förmliches Partheienverhältniß und eine hierauf gebaute Verhandlung, sondern auch eine ordentliche Beweisführung voraus, während in polizeilichen Sachen nur die höchst summarische zuläßig erscheint; überdieß soll (ibidem 9no) neben dem punctum restitutionis auch allezeit zugleich die Hauptsache verhandelt werden, während Zulassung von Verhandlungen dem Gewerbspolizeigebiete fremd ist. — Hiernach scheint in Fällen, wo der Betheiligte neue relevante Thatsachen oder Behelfe entdeckt zu haben behauptet, und hierauf das Gesuch um Abänderung eines rechtskräftigen Beschlußes stützt, eher und mehr entsprechend dem Geiste polizeilichen Verfahrens eine analoge Anwendung der Bestimmungen des Strafgesetzbuches Theil II, Artikel 395, Absatz 2 und Artikel 396 über die Reassumtion oder Wiederaufnahme der Untersuchung der passende Weg zur Prüfung und Erledigung eines solchen Gesuches zu seyn. Will man aber gleichwohl das Institut der restitutio in integrum contra sententiam analog als in gewerbspolizeilichen Sachen anwendbar betrachten, so erfordert es die Gerechtigkeit und der Grundsatz des dem Gegentheile nicht zu versagenden Gehöres, daß dieser über das Restitutionsgesuch summarisch gehört, und daß er auch in der nun wieder recurrent gewordenen Hauptsache der Nothdurft nach mit seiner Erinnerung vernommen werde. Unstatthaft wäre es daher z. B., einen Gewerbsmann mit einem solchem Restitutionsgesuche analog zuzulassen und dasselbe analog nach civilprocessualen Grundsätzen ihm gegenüber zu prüfen und zu verbescheiden, gleichwohl aber dem Gegner gegenüber sich streng an die höchst summarische Polizeiform zu hal-

ten, sohin diesen weder über das Restitutionsgesuch zu hören, noch auch seiner Berufung gegen den die Restitution ertheilenden Beschluß den Suspensiveffekt zu gönnen. In dieser Versagung des Gehörs für den Gegentheil läge unheilbare Nichtigkeit in puncto restitutionis. (Einzelne Beispiele eines solchen Verfahrens sind vorgekommen.) —

Kap. XVI, §. 3. So wie in der richterlichen, so auch in der administrativen und namentlich in der polizeilichen Sphäre sind Fälle denkbar, wo einer Parthei durch ungerechtes und schuldhaftes Verfahren eines Beamten Schaden zugeht. Sowie aber das hiegegen gegebene Mittel (die Syndikatsklage) in foro civili nur äußerst selten vorkömmt — (zumal schon wegen des erschwerten Standes des Klägers, ibidem, 4to) — so findet es auch in Polizeisachen nur ausnahmsweise Statt, und es ist hier eine strenge Ausscheidung dessen, was ein Beamter nach seiner Ueberzeugung oder aus Mangel erforderlicher Akten- oder Sachkenntniß oder aus Uebereilung Ungerechtes verfügt, von dem, was er aus Privatinteresse, besonderer Leidenschaftlichkeit, absichtlichem Uebelwollen rc. ungerechter Weise vornimmt oder unterläßt *), um so mehr geboten, als in der Regel für das, was von Polizeiwegen geschieht, Verantwortlichkeit vor dem Civilrichter nicht Platz greift, und der Beweis, daß der Beamte aus einem Privatinteresse so gehandelt habe, hier um so strenger genommen werden muß.

§. 46. (ad c.) Fortsetzung. Kap. XVII, §. 1. Die Bestimmungen vom Vergleiche können im Gewerbspolizei-

---

*) Denn auch absichtliche Unterlassungen eines Beamten können gegen denselben die Syndikatsklage begründen.

gebiete nur ausnahmsweise und mit Einschränkung angewendet werden, denn auf diesem Gebiete wurzelt gar Vieles, worüber verfügt oder entschieden wird, in der obersten Regierungspolizeigewalt und betrifft Gegenstände und Rechte, welche der Privatdisposition geradezu entzogen sind. So z. B. werden sich (nach den im Abschnitte I bereits entwickelten Grundsätzen) Private nicht wirksam über den Umfang der Befugnisse eines Gewerbes vergleichen können; eben so ist es offenbar unstatthaft, daß ein Gewerbsmann Jemanden seine Gewerbsconzession im Vergleichswege abtritt, denn sie ist rein persönlich und unveräußerlich ꝛc. Ist aber unter den Theilen einmal ein polizeilich giltiger Vergleich geschlossen worden, so ist die Gewerbspolizei verpflichtet, für seinen Vollzug auf Anrufen und nach Umständen von Amtswegen zu sorgen, und ein solcher Vergleich hat unter den Theilen die Wirkung einer res judicata.

Kap. XVII, §. 2. Unter der Voraussetzung, daß die Sache auch zum Vergleiche geeignet wäre, folglich nicht der Privatdisposition entzogen ist, steht auch kein Bedenken entgegen, in einer gewerbspolizeilichen Differenz zu gestatten, daß die Theile die Entscheidung von dem Ausspruche eines oder mehrerer Sachverständigen (Schiedsrichter) abhängig machen, d. h. sich einem Compromiß unterwerfen; ein solcher Ausspruch eignet sich dann ebenfalls zum obrigkeitlichen Vollzuge, und hat die Wirkungen eines giltig geschlossenen Vergleiches und resp. der Rechtskraft.

Kap. XVIII, §. 4. Die Gewerbspolizei pflegt die Exekution ihrer Verfügungen und Entscheidungen in der Regel selbst vorzunehmen. Hiebei sind die Bestimmungen der Gerichtsordnung, der Novelle vom 22. Juli 1819 und jener vom 17. November 1837 allerdings analog, jedoch mit ste-

ter Rücksicht auf das höchst summarische Verfahren in Polizeisachen zu berücksichtigen, namentlich in Bezug auf Zeit, Art und Objekt der Exekution, und auf die im Exekutionsstadium eingewendeten Rechtsmittel. —

Es übriget nun noch schlüßlich, kurz und hauptsächlich jene Bestimmungen des Civilprocesses zu bezeichnen, welche theils der Natur und dem Zwecke des Verfahrens in Gewerbspolizeisachen durchaus nicht entsprechen, theils aber durch ausdrückliche Gesetze oder Verordnungen als unanwendbar bezeichnet sind.

§. 47. (ad d.) Hieher gehören z. B. die Bestimmungen über das *forum privilegiatum* (Kap. I, §. 11.), da die Polizei ein solches nicht kennt; — über *praeventio* und *prorogatio* fori (Kap. I, §§. 16 u. 17.); — über den Unterschied zwischen *processus ordinarius* und summarius (Kap. III, §§. 2 u. 3.), da für Polizeiverhandlungen durchaus nur das summarische, und zwar nach Umständen das höchst summarische Verfahren für zuläßig erklärt ist; — über das petitorium und die auf das Eigenthum gehenden Klagen (Kap. III, §. 4.), da Entscheidungen über das Eigenthum, wenn sie vom Civilrichter ausgingen, zwar für die Gewerbspolizei oft erforderlich sind, um hiernach in eigener Competenz das Weitere zu beschließen, nicht aber zur Competenz der Polizei gehören *); — über den Uebergang der Klagen auf die Erben (Kap. IV, §. 2.), denn die Gewerbspolizei hat es nur mit Ertheilung, Ueberwachung,

*) Ist die Gewerbspolizei kompetent zur Verfügung auf Klagen über Besitzstörung und Besitzentsetzung? Ohne Zweifel hinsichtlich jenes Besitzes, in welchem sie den Gewerbsmann nach Artikel V, Absatz 3 des Gewerbsgesetzes zu schützen verpflichtet und berechtiget ist; Entscheidung auf solche Klagen oder Beschwerden ist nur als Fortsetzung jener Schutzthätigkeit zu betrachten.

Schutz und Einziehung der Befugniß zum Gewerbe zu thun, welche immer der Person anklebt (auch bei realen und radizirten Gewerben); — über die Erlöschung der Klagen (Kap. IV, §. 3.); — über provocatio ex lege diffamari und ex lege si contendat (Kap. IV, §§. 5 u. 6.); — über die Wirkungen der Citation (Kap. V, §. 9.); — über Litiskontestation und Einreden (Kap. VI, §§. 2 et seq.); — darüber, daß dem Beklagten jederzeit das letzte Wort gehört (Kap. VI, §. 13.), da Wechsel von Schriftsätzen dem Polizeiverfahren fremd ist; — über Reconventionen (Kap. VIII, §. 1.); — über Streitsverkündung (Kap. VIII, §. 2.), weil sich die Gewerbspolizei nicht mit Verbescheidung von Regreß- und Indemnisationsansprüchen zu befassen, sondern das punctum indemnisationis vielmehr zum Rechtswege zu verweisen hat; — über den Unterschied zwischen vollständigem und unvollständigem Beweise (Kap. IX, §. 2.), in wie ferne letzterer durch einen Partheieneid ergänzt werden müßte; — über den ordentlichen Beweis (ibidem), da die Polizeibehörden direkt darauf angewiesen sind, den Beweis jederzeit nur summarisch zu erheben; — aus gleichem Grunde die Bestimmungen über unbeeidigte Zeugen (Kap. X, §. 14.), über Fragestücke (Kap. X, §. 15, Novelle vom 17. Nov. 1837, §. 46.); — unanwendbar ferner sind die Bestimmungen über förmliche Erlassung von Beweisinterlokuten (Kap. IX, §. 6.); — über directen Gegenbeweis (ibidem §. 12.), weil Beweisantretungen im Polizeiverfahren nicht an den Gegner mitgetheilt werden; — über Zeugenvernehmung zum ewigen Gedächtnisse (ibidem §. 21.); — über Urkundenedition (Kap. XI, §. 6.); — über den Diffessionseid (ibidem §. 8.); — über Haupt-, Erfüllungs-, Reinigungseid, juramentum in litem et manifestationis, calumniae und promissorium (Kap. XIII, §§. 1—7).

Die Berufung ferner darf nicht (Kap. XV, §. 1.) bei der höheren, sondern muß bei der unteren Instanz eingereicht werden; — die Berufungsschrift (ibidem §. 7. 7mo.) wird nicht zur Nebenverantwortung und eben so wenig (ibidem §. 10.) zur allenfallsigen Adhäsion mitgetheilt; Revision oder Berufung zur dritten Instanz (ibidem §. 13) ist untersagt; — mit Execution an Immobilien (Kap. XVIII, §. 7.) darf sich die Gewerbspolizei nicht befassen.

Diese Aufzählung soll ebenfalls wieder keine erschöpfende seyn, sondern bloß den Hauptumriß jener Grundsätze skizziren, welche den Unterschied zwischen civilprozessualem und polizeilichem Verfahren erzeugen; eine detaillirtere Durchgehung der noch übrigen Bestimmungen der Gerichtsordnung und der Novellen würde natürlich noch hinreichenden Stoff zur Fortsetzung dieses Verzeichnisses liefern, doch läßt sich alles dieses unter die Hauptprinzipien subsumiren, welche aus obiger kurzen Aufzählung unschwer zu abstrahiren sind.

§. 48. Zum Schluße folgt noch, zur Erleichterung des Ueberblickes, eine summarische Recapitulation des Inhaltes der Paragraphe 36 bis 47.

ad a. (§§. 36, 37.) Die Prozeßgrundsätze, deren Beobachtung im Gewerbspolizeigebiete unerläßlich ist, finden sich dargestellt in:

Cod.	jud.	Kap.	I,	§.	1.
"	"	"	"	§.	19.
"	"	"	III,	§.	1. (Kap. V, §. 1. K. XVI, §. 2.)
"	"	"	"	§.	4. u. 5. (Kap. XIV, §. 11. 3tio.)
"	"	"	IV,	§.	7.
"	"	"	"	§.	17.
"	"	"	V,	§.	1.
"	"	"	VI,	§.	11. (Kap. IX, §. 3. K. XII, §. 1.)

Cod. jud. Kap. VII, §. 1 und 7.
" " " IX, §. 1.
" " " X, §. 10 und 11. (§. 12. 2do.)
" " " XIV, §. 2 u. 6. (Kap. XVI, §. 2.)
" " " " §. 8. (Kap. V, §. 1.)
" " " " §. 9.
" " " " §. 11.
" " " XV, §. 8.
" " " XVIII, §. 2.
" " " " §. 5.

ad b. (§§. 38, 39, 40.) Ueber die **Proceßnormen**, welche *regulariter* auch im Gewerbspolizeigebiete volle Anwendung finden, sind die näheren Bestimmungen enthalten in:

Cod. jud. Kap. I, §. 21.
" " " II, §. 5.
" " " III, §. 4.
" " " " §. 8.
" " " V, §. 3.
" " " VI, §. 9.
" " " VIII, §. 7.
" " " X, §. 19.
" " " " §. 21. (Kap. XI, §. 11.)
" " " XI, §. 1 bis 4. (ibidem §. 6.)
" " " XII, §. 1, 2, 3 und 5.
" " " XIV, §. 7.
" " " " §. 10. (Kap. XV, §. 9.)
" " " " §. 12.
" " " XV, §. 2.
" " " " §. 8.
" " " " §. 11. (Kap. XIV, §. 11.)
" " " XVI, §. 2. (Kap. V, §. 1. K. VII, §. 1.)
" " " XVII, §. 4.

ad c. (§§. 41, 42, 43, 44, 45 u. 46.) Die Civilproceßnormen, welche im Gewerbspolizeigebiete ausnahmsweise oder nur mit bedeutenden Modifikationen zur Anwendung kommen, sind dargestellt in:

Cod.	jud.	Kap.	IV,	§. 13.
"	"	"	V,	§. 10.
"	"	"	VIII,	§. 4.
"	"	"	X,	§. 8.
"	"	"	"	§. 9.
"	"	"	"	§. 13. 2do.
"	"	"	XV,	§. 3.
"	"	"	XVI,	§. 1.
"	"	"	"	§. 3.
"	"	"	XVII,	§. 1.
"	"	"	"	§. 2.
"	"	"	XVIII,	§. 4.

ad d. (§. 47.) Die hauptsächlichsten Civilprozeßbestimmungen endlich, welche entweder dem Zwecke und Geiste des gewerbspolizeilichen Verfahrens zuwider oder anzuwenden direkt untersagt sind, finden sich in:

Cod.	jud.	Kap.	I,	§. 11.
"	"	"	"	§. 16 und 17.
"	"	"	III,	§. 2 und 3.
"	"	"	"	§. 4.
"	"	"	IV,	§. 2.
"	"	"	"	§. 3.
"	"	"	"	§. 5 und 6.
"	"	"	V,	§. 9.
"	"	"	VI,	§. 2. et seq.
"	"	"	"	§. 13.
"	"	"	VIII,	§. 1.
"	"	"	"	§. 2.

Cod. jud. Kap. IX, §. 2. (§. 6., §. 12, §. 21.)
" " " X, §. 14 und 15.)
" " " XI, §. 6.
" " " " §. 8.
" " " XIII, §. 1 bis 7.
" " " XV, §. 1.
" " " " §. 7. 7mo.
" " " " §. 10.
" " " " §. 13.
" " " XVIII, §. 7.

Was schlüßlich die Einwirkung einer civilrichterlichen Entscheidnng in Gewerbsstreitigkeiten auf das Polizeigebiet in Gewerbssachen betrifft, so unterliegt es nach dem im Abschnitt I. Erörterten keinem Zweifel, daß eine solche Entscheidung dem obsiegenden Theil niemals dazu dienen könne, dem Vollzug späterer Verordnungen und Verfügungen der Polizeibehörden auszuweichen, durch welche etwa die Ausübung des richterlich anerkannten Gewerbsrechtes aus Rücksichten des Gemeinwohls Beschränkungen unterworfen, oder im Allgemeinen gänzlich untersagt wird. Zur Unterstützung dieser Ansicht existiren in Bayern mehrere einzelne positive Anordnungen im Allgemeinen sowohl, als nach speziellen Richtungen. So z. B. erschien (Meyers Gen. Samml. Bd. VI. S. 121) im Jahre 1799 eine Verordnung, worin der Grundsatz aufgestellt ist: „daß die in Polizeisachen entstehenden Streitigkeiten zwischen den Handwerkern und sonst über einen das Publikum vorzüglich interessirenden Gegenstand niemals mehr ad forum civile contentiosum gezogen werden sollen". — In der allerhöchsten Verordnung vom 4. Okt. 1804 über die Kompetenz der Justizstellen in Gewerbs- und andern Verleihungen (Regierungsblatt 1804, S. 871) ist der Grundsatz allgemein ausgesprochen, daß es den Gerichten nicht zu-

komme, in Polizeisachen Beschwerden der Betheiligten unter dem vorgeblichen Titel eines verletzten Privatrechtes anzunehmen, und darüber gegen die Polizeistellen Prozesse einzuleiten, „wodurch die Polizeigewalt in allen ihren Verrichtungen gehemmt, und selbst die Vollziehung aller Polizeiverfügungen und Verordnungen in den einzelnen Fällen vereitelt würde." — Der Grundsatz, daß Privatrechte den Erwägungen und Verfügungen im Interesse des Gemeinwohls zu weichen haben, ist z. B. auch allgemein ausgesprochen in der Verordnung vom 14. August 1815 (Regierungsblatt 1815, S. 725), die Abtretung eines Privateigenthums für öffentliche Zwecke betreffend, (welcher Grundsatz sich in dem neuen Expropriationsgesetze wiederholt) — er wurde durchgeführt in der Verordnung vom 30. Jänner 1813, die Freiheit des Getreidhandels betreffend, wodurch die bestehenden Kornkäufler-Gewerbsrechte factisch ausser Werth gesetzt wurden ꝛc.

Mehreres über die Einwirkung der Rechtskraft, und namentlich jener aus civilrichterlichen Entscheidungen, im Polizei- und besonders im Viktualien-Gewerbspolizeigebiet enthält auch die kürzlich in Commission der E. A. Fleischmann'schen Buchhandlung erschienene Brochüre: „Kurze Betrachtungen und Bemerkungen über den inländischen Handel mit Vieh und Brod", S. 5—10.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Spengel, Simon

Die Gewerbspolizei in Bayern in ihrem Verhältniß zum Civilrecht und Civilprozeß

München 1845

Bavar. 1101 l
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10373851-5